



# Universidad de Alcalá

## **TRABAJO DE FIN DE MÁSTER**

ESTUDIO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA: ANÁLISIS DE LA  
NORMALIZACIÓN DE ESTA PRÁCTICA EN LA ACTUALIDAD

SURROGACY STUDY: ANALYSIS OF THE NORMALIZATION OF THIS  
PRACTICE CURRENTLY

## **FACULTAD DE DERECHO**

MÁSTER EN ACCESO A LA PROFESIÓN DE ABOGADO

Presentado por: ELBA SÁNCHEZ CALERO

Dirigido por: JOSÉ IGNACIO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Alcalá de Henares, a 12 de enero de 2021

*A ti, que ahora eres mi familia*

## RESUMEN

En el presente trabajo analizamos la práctica, que no técnica, conocida como gestación subrogada y la normalización que se le ha otorgado a lo largo de estos años. Para ello, partimos de un breve estudio de antecedentes históricos y jurídicos donde encontramos vestigios desde el año 1910 a.C. en el Antiguo Testamento, continuando por Mesopotamia en el Código del rey Hammurabi, hasta su normalización en nuestras leyes más actuales.

En líneas posteriores, investigamos mediante un análisis doctrinal de varios autores, la conceptualización de esta figura, los aspectos sociales respecto a las relaciones entre los contratantes, la dimensión bioética y biomédica de este negocio y nos adentraremos en las consecuencias psicológicas y perjudiciales que derivan de esta misma práctica.

También ha sido menester elaborar un estudio legislativo, donde se analiza la cabida que tiene la gestación subrogada desde la Constitución Española de 1978, como en la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde supuestamente queda regulada esta práctica, hasta la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que supuestamente está dictada para dotar de plena protección jurídica al menor.

Para finalizar el estudio realizado, ha resultado de gran relevancia hacer un breve análisis jurisprudencial de los Tribunales españoles, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, extrayendo doctrina, de las más señaladas sentencias, que ha provocado una normalización de esta práctica.

## PALABRAS CLAVE

- Gestación subrogada
- Práctica
- Perjuicio del menor
- Filiación
- *Mater semper certa est*

## ABSTRACT

In the present work we analyze the practice, not technical, known as surrogacy and the normalization that has been granted throughout these years. To do this, we start with a brief study of historical and legal antecedents where we find traces from 1910 BC. in the Old Testament, continuing through Mesopotamia in the Code of King Hammurabi, until its normalization in our most current laws.

In later lines, we investigate through a doctrinal analysis of several authors, the conceptualization of this figure, the social aspects regarding the relationships between the contractors, the bioethical and biomedical dimension of this business and we will delve into the psychological and harmful consequences that derive from this same practice.

It has also been necessary to prepare a legislative study, which analyzes the role of surrogacy since the Spanish Constitution of 1978, as in Law 14/2006 of May 26, on assisted human reproduction techniques, where this is supposedly regulated. practice, until the Instruction of October 5, 2010 of the General Directorate of Registries and Notaries, which supposedly is issued to provide full legal protection to the minor.

To finalize the study carried out, it has been of great relevance to make a brief jurisprudential analysis of the Spanish Courts, the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, extracting doctrine, from the most important judgments, which has caused a standardization of this practice.

## KEYWORDS

- Surrogacy
- Practice
- Harm of the minor
- Affiliation
- *Mater semper certa est*

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II. BREVE ESTUDIO HISTÓRICO .....</b>	<b>2</b>
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GESTACIÓN SUBROGADA .....	2
1.1. <i>La gestación subrogada en el Antiguo Testamento</i> .....	2
1.2. <i>La gestación subrogada en Mesopotamia</i> .....	2
1.3. <i>La gestación subrogada en el Antiguo Egipto</i> .....	3
1.4. <i>La gestación subrogada en Rutenia</i> .....	4
2. LA NORMALIZACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN LA ACTUALIDAD .....	4
<b>III. ESTUDIO DOCTRINAL .....</b>	<b>8</b>
1. CONCEPTO DE GESTACIÓN SUBROGADA .....	8
1.1. <i>Modalidades y tipologías</i> .....	9
2. ASPECTOS JURÍDICOS: VARIEDAD DE OPINIONES .....	11
3. ASPECTOS SOCIALES RESPECTO A LAS RELACIONES ENTRE LOS CONTRATANTES .....	13
3.1. <i>Dimensión bioética</i> .....	14
3.2. <i>Dimensión biomédica</i> .....	16
3.3. <i>Dimensión moral</i> .....	18
4. CONSECUENCIAS SOCIALES DERIVADAS DE LA PRÁCTICA .....	19
4.1. <i>Problemas psiquiátricos</i> .....	19
4.2. <i>Problemas sociológicos</i> .....	21
4.3. <i>Perjuicio para el menor</i> .....	21
5. FILIACIÓN COMO MARCO DOCTRINAL DE REFERENCIA .....	24
5.1. <i>Concepto, clases y acciones</i> .....	25
5.2. <i>Acciones de filiación</i> .....	26
5.3. <i>La filiación en la reproducción asistida</i> .....	27
6. EN CONCRETO, EFECTOS JURÍDICOS DESDE EL PUNTO DE VISTA REGISTRAL .....	29
<b>IV. ESTUDIO LEGISLATIVO.....</b>	<b>33</b>
1. REGULACIÓN SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA .....	33

1.1. <i>La Constitución Española de 1978</i> .....	34
1.2. <i>La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida</i> .....	35
1.3. <i>La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal</i> .....	36
1.4. <i>Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> . ....	37
2. REGULACIÓN SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EUROPA .....	41
2.1. <i>Regulación sobre la gestación subrogada en el Consejo de Europa</i> .....	41
2.2. <i>Regulación sobre la gestación subrogada en la Unión Europea</i> .....	42
3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO .....	43
3.1. <i>Países donde la gestación subrogada está prohibida</i> .....	43
3.2. <i>Países donde la gestación subrogada está permitida de forma limitada</i> .....	44
3.3. <i>Países donde la gestación subrogada está permitida</i> .....	45
4. LA DIRECTIVA 92/85/CEE DE 1992 .....	48
5. LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN TORNO A LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	49
<b>V. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>51</b>
1. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA .....	51
1.1. <i>Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia</i> .....	51
1.2. <i>Sentencia 209/2017 de 13 de marzo de 2017 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid</i> .....	53
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	54
2.1. <i>Menesson y Labasse contra Francia</i> .....	54
2.2. <i>Foulon y Bouvet contra Francia</i> .....	56
2.3. <i>Caso Paradisso y Campanelli contra Italia</i> .....	56
3. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA .....	57
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>60</b>

## I. INTRODUCCIÓN

La práctica conocida como gestación subrogada se remonta muchos siglos atrás, específicamente, al año 1910 a.C., en el Antiguo Testamento, momento de su origen, donde ya queda reflejado un vestigio de gestación subrogada tradicional entre el patriarca Abraham y su esposa Saray.

Centuria tras centuria esta práctica se ha vuelto un negocio que ha hecho obtener a diversas organizaciones, supuestamente profesionales, beneficios económicos ingentes, normalizándola y provocando un perjuicio al menor cada vez mayor.

He aquí el problema de fondo y el motivo de investigación, la escasa protección que se le ofrece tanto al menor como a la mujer gestante por parte de los ordenamientos jurídicos. Por ello, este estudio trata de reforzar la idea de que existe una clara necesidad de regular esta figura, en nuestro ordenamiento jurídico en concreto, para que no queden indicios que den pie a regularizar esta práctica.

En primer lugar, se estudian los antecedentes históricos que originaron la existencia de esta figura, indagando acerca de los avances que surgían y normalizaban esta práctica siglo tras siglo y observando su evolución hasta la actualidad.

El segundo capítulo, consiste en un análisis de la doctrina de distintos autores que promueven una visión más acertada de la práctica estudiada. Por un lado, se procura conceptualizar de forma lógica la figura de la gestación subrogada. Por otro lado, se pretende resaltar los aspectos sociales respecto a las relaciones entre los contratantes. Y, a parte, se estudia a fondo la dimensión moral, bioética y biomédica de este negocio, adentrándonos en las consecuencias psiquiátricas, psicológicas y perjudiciales que derivan de esta práctica.

En la tercera parte de este estudio, se analiza la legislación que supuestamente regula esta figura, desde la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde simplemente mencionan la nulidad de esta práctica, pero no su prohibición, hasta la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, donde supuestamente dotan de plena protección jurídica al menor con el otorgamiento de la filiación.

Finalmente, se estudia la jurisprudencia relevante que han dictado los Tribunales españoles, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de donde se extrae una contradictoria doctrina que provoca la normalización de esta práctica en la actualidad.

## II. BREVE ESTUDIO HISTÓRICO

### 1. Antecedentes históricos de la gestación subrogada

Desde hace ya varios siglos se pueden encontrar vestigios de la gestación subrogada (si entendemos esta como el hecho de que un bebe sea gestado por otra mujer ajena a su familia), precisamente por su existencia previa a la medicina reproductiva, puesto que evidentemente, en ausencia de las modernas técnicas de reproducción asistida, la filiación paterna se garantizaba mediante relaciones sexuales entre el padre y la gestante, así la “madre de intención” o mujer del padre, no tenía ninguna función durante la concepción o gestación, sino que se convertía en su hijo tras el momento del nacimiento<sup>1</sup>.

#### 1.1. La gestación subrogada en el Antiguo Testamento

Existen varios autores que exponen que la primera madre de alquiler nació hace unos dos mil años antes de Cristo en la tierra de Canaán, Saray, esposa de Abraham. Por ello, localizan la primera mención a la gestación subrogada en la propia Biblia, en Génesis 16:1-16, que relata un caso de infertilidad entre el patriarca Abraham y su esposa Saray, en el año 1910 a.C. donde al ver que no pueden concebir, es la propia Saray la que sugiere a su marido que pruebe con otra mujer: “*Saray, la esposa de Abram, no le había dado hijos. Pero, como tenía una esclava egipcia llamada Agar. Saray le dijo a Abram: - El señor me ha hecho estéril. Por lo tanto, ve y acuéstate con mi esclava Agar. Tal vez por medio de ella podré tener hijos*”. Fruto de esta relación nació el hijo de ambos, Ismael, del cual se comenta que fue el primer niño nacido de un programa de gestación subrogada tradicional<sup>2</sup>.

#### 1.2. La gestación subrogada en Mesopotamia

La segunda referencia conocida hasta el momento, también según distintos autores, fueron en el Código del rey Hammurabi de 1750 a.C., que sugerían en aquel entonces un procedimiento a seguir en caso de infertilidad de la esposa, donde se considera la posibilidad de recurrir a una esclava con fines reproductivos, ya que disponía que “la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación, sin que este pudiera buscarse a otra concubina, a menos que la primera

---

<sup>1</sup> <https://babygest.com/es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada>

<sup>2</sup> SVITNEV, K. “Maternidad subrogada en Rusia y en el mundo”, [www.surrogacy.ru](http://www.surrogacy.ru)



no lograra concebir un varón”<sup>3</sup>. Así lo establecían las leyes del Código del rey Hammurabi:

*“Ley 144. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y ésta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.*

*Ley 145. Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa estéril.*

*Ley 146. Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.*

*Ley 147. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.”*<sup>4</sup>

En este se podía apreciar la primera medida conocida de protección de los derechos de la gestante, donde se esclarece que la gestante no podrá ser vendida si ha tenido hijos con el marido.

Por otro lado, también se hallaron en unas tablillas cuneiformes descubiertas en 1948 en el yacimiento de *Kültepe-Kanesh*, en Turquía, un contrato matrimonial.

Este estipulaba que el marido tenía la posibilidad de recurrir a una *hieródula* (prostituta sagrada) o a una esclava en caso de que su esposa legítima no le pudiese dar descendencia. Así pues, el bebé se convertiría en legítimo heredero y la mujer gestante o recibía una importante donación o la libertad.

### *1.3. La gestación subrogada en el Antiguo Egipto*

La gestación subrogada continuó siendo una práctica habitual durante la antigüedad, dicen que muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos. Claro está que, en caso de haber nacido, los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no gozaban de una salud de hierro.

---

<sup>3</sup> [https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy\\_history/](https://surrogacy.ru/es/surrogacy/surrogacy_history/)

<sup>4</sup> Código de Hammurabi VI

Por ejemplo, Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo que gobernó en el siglo XVI a. C., no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I.

A propósito, aunque los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón, se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos<sup>5</sup>.

#### *1.4. La gestación subrogada en Rutenia*

Por otro lado, el Santo Príncipe Vladimir I de Kiev, nacido en el año 995, más conocido como Vladimir el Sol Rojo y también popular por evangelizar el antiguo Estado ruso, antes de convertirse al cristianismo, tenía hasta 800 concubinas y estuvo casado con cinco esposas, incluyendo una princesa búlgara y la hija de un príncipe checo, pero en su afán de tener más hijos varones se relacionó con una monje griega, la viuda de su hermano Yaropolk.

De esta unión nació el famoso Sviatopolk el Maldito y Vladimir le reconoció como su heredero, al tiempo que Sviatopolk insistía en que era hijo de Yaropolk. Fue precisamente Sviatopolk, nacido “de dos padres” como decían entonces, quien llegó a ser el Príncipe de Kiev tras la muerte de su padre, a despecho de que Vladimir tenía hijos más mayores y “legítimos” que Sviatopolk, aunque posteriormente fue destronado por su hermanastro Yaroslav el Sabio.

## **2. La normalización de la gestación subrogada en la actualidad**

La maternidad subrogada tiene su inicio, o su continuación, en California, Estados Unidos, en el año 1975 (negocio conocido por aquel entonces como “madres sustitutas”), cuando una pareja estéril solicita, a través de un periódico de esa ciudad, los servicios de una mujer para que fuera inseminada artificialmente a cambio de una retribución<sup>6</sup>.

Posteriormente, en la década de los 80 van apareciendo numerosos anuncios similares o, por el contrario, anuncios de mujeres que prestaban el servicio de gestación

---

<sup>5</sup> POMEROY, S. “*Diosas, ramera, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*”, Akal, Madrid, 1999.

<sup>6</sup> VIDAL MARTÍNEZ, J. “*Las nuevas formas de Reproducción Humana*”, Madrid, Civitas, 1988, pág. 180

para otros<sup>7</sup>, lo que supone, que, a raíz de esto, surgieran diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadores con parejas interesadas y, por ende, se constituyesen considerables conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales provocando un significativo debate social<sup>8</sup>.

Una de las primeras asociaciones con renombre en Europa nace en 1982, en Francia, lugar donde el doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción, sitio que se dedicaba a vincular a parejas estériles con madres suboragas, de forma que, un año más tarde, en Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela, la cual padecía esterilidad<sup>9</sup>.

A raíz de que se empezaran a ver casos en todo el mundo acerca del negocio de la gestación subrogada y de la creación de varias organizaciones profesionales que hacían posible que se llevase a cabo, surgieron casos relevantes que a día de hoy han creado jurisprudencia.

Uno de los más resonantes fue el denominado “Baby M”, que transcurrió en Estados Unidos, en el año 1985, donde el matrimonio Stern contrató a Mary Whitehead, la gestación de un niño producto de la inseminación artificial con la secreción del señor Stern a cambio de 10.000 dólares. En este contrato se expresaba el compromiso por parte de la señora Mary Whitehead (madre portadora) de no crear un vínculo materno-filial con el bebé y la obligación de abortar si de algún test se conocía que el bebé presentaba alguna anomalía. El 27 de marzo de 1986, cuando nació “Baby M”, la madre portadora y dueña del óvulo se negó a entregar al bebé al matrimonio Stern, puesto que el señor Whitehead reconocía a la hija como suya.

La madre gestante, que se realizó un informe psiquiátrico argumentaba que no podía desprenderse de su hija y el estudio determinó que cuando la señora Whitehead dio su consentimiento, no estaba en pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que derivarían.

---

<sup>7</sup> VALDÉS DÍAZ, C. “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”. Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI, 2014, pág. 465.

<sup>8</sup> <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

<sup>9</sup> GUITRÓN FUENTECILLA, J. “La genética y el Derecho familiar”, Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.

El juez de Nueva Jersey que actuó en primera instancia, entregó la custodia del bebé al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido, pero el matrimonio Whitehead apeló y el Tribunal Supremo del estado entendió que el contrato era nulo, aunque mantuvo la tenencia del bebé a favor de los Stern puesto que estos le podían ofrecer un mejor hogar. Pasados 10 años, la Corte reconoció a la señora Whitehead como madre biológica y le concedió un derecho de visita.

Otro de los casos más significativos en la esfera que nos atañe es el de Johnson contra Calvert, este trata de una pareja casada, Mark y Crispina Calvert, que tenían el deseo de ser padres pero no había la posibilidad puesto que ella se hizo una histerectomía en 1984, aunque sus ovarios seguían en condiciones de producir óvulos. Por ello, que se ponen en contacto con Anna Johnson, una madre sustituta, que se ofrece para actuar como tal<sup>10</sup>.

En 1989 firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado con el material genético del matrimonio Calvert, sería implantado en Anna, y que tras su nacimiento, sería reconocido como hijo de los Calvert, a lo que Anna prestó su consentimiento y renunció a todos sus derechos como madre, a cambio de una contraprestación de 10.000 dólares y además de un seguro de vida sobre ella por valor de 200.000 dólares.

El niño nació y Anna quiso reclamar su custodia, por lo que se obtuvieron muestras de sangre para confirmar que los padres fuesen los Calvert y se sentenció por el tribunal que el niño permaneciese con el matrimonio con un régimen de visitas a favor de Anna. Cuando se probó que Mark y Crispina eran los padres genéticos, biológicos y naturales, se finalizó la orden que permitía el régimen de visitas, y ante esto Anna, interpuso recurso de apelación, pero no fue a mejor fortuna.

La Corte de París quiso sentenciar nulo el contrato y dar la posibilidad de la adopción, pero hubo un fallo plenario de la Corte de Casación para anular la decisión que establecía lo siguiente:

*«-La convención por la cual una mujer se compromete, aún a título gratuito, a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de*

---

<sup>10</sup> VALDÉS DÍAZ, C. “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. XXXI, 2014, pág. 470.

*orden publico de la indisponibilidad del cuerpo humano, así como el de la indisponibilidad del estado de las personas.*

*– La adopción es la ultima fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptada»<sup>11</sup>.*

La posición de la Corte de Paris ha sido mantenida posteriormente por otros fallos franceses y de distintos países europeos, aunque fustigada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que recientemente, hace escasos 6 años, condenó a Francia por negarse a reconocer el vínculo de filiación entre unos niños nacidos a través de gestación subrogada en los Estados Unidos y sus padres y madres de intención, de nacionalidad francesa.

---

<sup>11</sup> Cour de Cassation Ass. Plen 31 mai 1991, J.C.P. 1991-II-21752. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1, 1992-55, comentado por Frederique Dreifus-Netter, «La filiation de l'enfante issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers», *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1, janvier-mars 1996. *Cit. pos.* Graciela Medina, *op. cit.*, pág. 8

### III. ESTUDIO DOCTRINAL

#### 1. Concepto de gestación subrogada

En primer lugar, para aproximarnos a la definición que más se ajusta al término de gestación subrogada, debemos conocer en qué consisten ambos vocablos por separado. Por un lado, según la Real Academia de la Lengua Española, el término subrogación implica “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, así pues, se podría entender desde una perspectiva jurídica, como una situación jurídica en que una determinada persona se subroga en los derechos y deberes de otra.

Por otro lado, la definición de la palabra gestación según la misma sería “acción y efecto de gestar o gestarse”.

Así, en una primera aproximación podríamos entender que cuando se trata de gestación subrogada, se hace alusión a una madre o a un padre que sustituye u ocupa el lugar de otra persona, asumiendo tanto los deberes como los derechos.

Bien es cierto, que dicha técnica, si se puede llamar así, es popularmente conocida como “vientre de alquiler”, aunque existe distinta terminología para denominarla como: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de úteros, entre otras.

LAMM, se posiciona en este sentido y entiende que la terminología más adecuada para referirnos a la técnica es la expresión “gestación por sustitución”<sup>12</sup>, dado que la mujer gestante, gesta un hijo para otro que no puede hacerlo. Entiende también que no se debería denominar maternidad subrogada, puesto que la gestante no será la que ejercerá de madre del bebé, simplemente aportará la capacidad de gestar. Por otro lado, expresa la citada autora, que no se debería denominar vientre de alquiler, porque eso supone un lucro que no siempre existe<sup>13</sup> y puede afectar a la dignidad de las personas involucradas en la gestación<sup>14</sup>.

Independientemente de la terminología que decida aplicar cada autor, lo que entendemos es que realmente el “vientre de alquiler”, la “maternidad subrogada” o la “gestación por sustitución”, no es una técnica de reproducción asistida, puesto que no podemos considerar un embarazo realmente una técnica.

La palabra técnica proviene de un vocablo de raíz griega que traducido al español se entiende como “arte” o “ciencia”, en otras palabras, una técnica es un conjunto de

---

<sup>12</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Realidad y derecho*”, Indret 3/2012, pág. 3.

<sup>13</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, Universidad de Barcelona. Publicaciones y ediciones, pág. 26.

<sup>14</sup> DELCLÓS, T. “*¿Puede alquilarse un vientre?*”, El país, 27 de julio de 2014.

procedimientos reglamentados y pautas que se utiliza como medio para llegar a un cierto fin. Por lo tanto, una técnica se aprende, y puede ser llevada a cabo por cualquiera independientemente de su edad o biología, ya que son métodos de aprendizaje y destreza<sup>15</sup>.

BAYARRI, de forma más concreta define la gestación por sustitución como “el acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquella o a aquéllos el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado”<sup>16</sup>.

En este sentido también se pronuncia el jurista PERALTA, que considera que la gestación subrogada es “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras personas a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto”<sup>17</sup>.

Los Tribunales españoles también han formulado una definición del convenio de gestación subrogada señalando que “consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”<sup>18</sup>.

### *1.1. Modalidades y tipologías*

Dentro de la gestación subrogada se diferencian distintas modalidades o clases, que se fijan en función de las posibilidades que ofrece esta práctica en el momento de combinar el material genético aportado.

Por un lado, existe la subrogación gestacional, que existe en el supuesto en que el esperma y los óvulos sean proporcionados por los futuros padres intencionales o por los donantes de esperma u óvulos, con exclusión de la madre sustituta. Los óvulos entonces,

---

<sup>15</sup> GUILLÉN, I. “Análisis crítico al concepto de gestación subrogada como técnica reproductiva”, 2010, pág. 3.

<sup>16</sup> BAYARRI MARTÍ, M. “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”. Revista digital de noticias jurídicas, 2015.

<sup>17</sup> PERALTE ANDÍA, J. “Derecho de Familia en el Código Civil”. Ed. Moreno, Perú, 2004, pág. 372.

<sup>18</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, núm. 826/2011, de 23 de noviembre de 2011.

son inseminados mediante la técnica de fecundación in vitro, y el embrión resultante se transfiere al útero de la madre sustituta<sup>19</sup>.

En este caso el embrión no está relacionado de forma genética con la gestante, por lo que será una madre gestante pero no biológica.

Por otro lado, y más común desde la antigüedad, está la subrogación tradicional, que se basa en que la mujer no puede proporcionar óvulos para su posterior fertilización, por lo que la madre subrogada aporta el óvulo y el padre, o un donante, aporta los espermatozoides. El futuro hijo, por lo tanto, tiene una relación genética con la gestante. En este caso, el espermatozoide se introduce en el interior del útero de la madre sustituta a través de inseminación artificial o, si fuese necesario, mediante procedimientos de tecnología reproductiva<sup>20</sup>.

Por lo tanto, y como principal consecuencia de estos dos tipos de gestación subrogada que hemos expuesto, entendemos que se conocen diversos tipos de relaciones de maternidad, paternidad y, por ende, de filiación al respecto:

1. En primer lugar, maternidad y paternidad genética de la pareja contratante y maternidad no biológica de la mujer gestante, que se lleva a cabo mediante una fecundación in vitro con material genético de los contratantes y por otro lado, la mujer gestante ofrece su vientre.

2. En segundo lugar, maternidad y paternidad genética de la pareja contratante y maternidad biológica de la mujer que presta su vientre, llevado a cabo mediante óvulo y espermatozoide de la pareja y el útero de la madre gestante.

3. En tercer lugar, maternidad y paternidad no genética de la pareja contratante y maternidad biológica de la mujer gestante, que se procede mediante un óvulo o espermatozoide de la pareja contratante y un óvulo o espermatozoide de donante y útero de la madre gestante.

4. También existe otro tipo es que la maternidad y la paternidad no es genética de la pareja contratante y la maternidad biológica pertenece a la madre gestante, llevado a cabo mediante óvulo y espermatozoide ambos donados y el útero de la madre gestante.

---

<sup>19</sup> UNIVERSAL SURROGACY S.A. *“Los tipos de maternidad subrogada”*  
www.universalsurrogacy.com

<sup>20</sup> Universal Surrogacy S.A. *“Los tipos de maternidad subrogada”*, 2015



5. Y finalmente, la maternidad no genética y paternidad genética de la pareja contratante y maternidad genética de la mujer que presta su vientre, que se lleva a cabo mediante espermatozoide del padre y óvulo y útero de la madre gestante.

## 2. Aspectos jurídicos: variedad de opiniones

Las nuevas técnicas de reproducción han ido provocando la necesidad de creación de distintas leyes que, según el país, unas veces admiten y otras prohíben la posibilidad de la contratación de los llamados “vientres de alquiler” y esto a su vez ha ido originando riesgos jurídicos y económicos tanto para el país de origen donde nace el niño, como para el país que da nacionalidad a los demandantes.

En ocasiones, al estar prohibidas estas prácticas en el país del demandante, se acude a otros países en los que, sí se aceptan, lo que conlleva una contradicción a nivel jurídico, pues el país donde va a estar registrado el niño, aceptará el regreso de los padres, aunque hayan violado la legislación llevando a cabo una contratación de un negocio que en su país es ilegal<sup>21</sup>.

Es un hecho que, a nivel económico, según afirma SOPHIA KUBY, filósofa y directora de la oficina de la Unión Europea de ADF International, esta práctica, “comporta unas ganancias de unos cinco mil millones de dólares al año. Agencias, clínicas, abogados y médicos se aprovechan de este mercado vendiendo espermatozoide y óvulos, creando embriones in vitro, implantándolos en el vientre de una mujer que es remunerada por hacerlo, todo pagado por cuenta de los progenitores compradores o los progenitores de intención, con el fin de proporcionarles un bebé”<sup>22</sup>. Indica también que esta práctica conlleva a la existencia de negocios que son ilegales al menos en uno de los dos países implicados, ya que ambas partes pueden estar en países donde la legislación y el derecho aplicable pueden diferir muchísimo.

Porque, según apunta, en algunos casos “las tecnologías y los métodos actuales pueden implicar hasta seis adultos, que pueden ejercer una paternidad genética, biológica o legal sobre el niño nacido mediante un vientre de alquiler” y “esto crea una situación caótica que atenta contra numerosos derechos del hombre legislados en el derecho internacional”, asegura, y subraya que “es la parte más débil, el niño nacido por vientre de alquiler, el que sufre las consecuencias”. Por eso KUBY destaca que “la práctica de la maternidad subrogada afecta de manera evidente a los derechos del niño

---

<sup>21</sup> Cuadernos de Bioética, vol. XXXVIII, núm. 2, 217, pág. 212.

<sup>22</sup> KUBY, S. “*Sobre los vientres de alquiler*”, Diario francés Le Figaró.

reconocidos en numerosos tratados internacionales”, como el de nacer y crecer con su familia biológica, su derecho al reagrupamiento familiar, a relacionarse con su padre y su madre, y su derecho a no estar sometido al comercio o a la trata de personas<sup>23</sup>.

Por otro lado, CALABUIG, presidente del Foro de Familia, también se posiciona y alega que la maternidad subrogada “es un desprecio a la dignidad de la mujer, al producirse un mercado con ella” y que “los vientres de alquiler suponen una nueva forma de esclavitud”<sup>24</sup>. En este sentido entiende que “en los países donde es legal este tema se está produciendo una verdadera explotación de las mujeres más pobres del Tercer mundo por parejas ricas del Primer mundo, así como múltiples casos de tratamiento de los niños gestados a través de esta técnica como si de cosas desechables se tratase: exigencia de alguna enfermedad, etc.”<sup>25</sup>.

Él mismo, recordó que filósofas como VICTORIA CAMPS y AMELIA VALCÁRCEL, la jurista MARIA LUISA BALAGUER o las sociólogas SOLEDAD MURILLO y ROSA COBO figuran entre las promotoras de un manifiesto en el que consideran que la maternidad subrogada es éticamente injustificable. En su manifiesto se recogen varios puntos en los que explican su postura: “Nos mostramos radicalmente en contra de la utilización de eufemismos para dulcificar o idealizar un negocio de compra-venta de bebés mediante alquiler temporal del vientre de una mujer, viva ésta en la dorada California o hacinada en un barrio de la India. Así es que nos afirmamos en llamar a las cosas por su nombre, no se puede ni se debe describir como “gestación subrogada” un hecho social que cosifica el cuerpo de las mujeres y mercantiliza el deseo de ser padres-madres”.

La diversidad de legislaciones en función de cada país ha suscitado el llamado turismo reproductivo, que es conocido como turismo médico, consistente en viajar a otro país para obtener servicios sanitarios que son ilegales en el país de origen, pero legales o permitidos con ciertas restricciones en el país de destino<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> <https://www.actuall.com/vida/sophia-kuby-sobre-los-vientres-de-alquiler-en-la-ley-internacional-no-existe-el-derecho-a-un-nino/>

<sup>24</sup> [www.forofamilia.org](http://www.forofamilia.org)

<sup>25</sup> “Maternidad subrogada: ¿solidaridad o comercio?” [www.revistamision.com](http://www.revistamision.com)

<sup>26</sup> GARCÍA J. Y MARTÍN M. “Comunicaciones, turismo reproductivo y maternidad subrogada”, Ayala Vol. 27. Extraordinario XXVI, Congreso 2017.

### 3. Aspectos sociales respecto a las relaciones entre los contratantes

En primer lugar, debemos tener en cuenta que la madre portadora es quien gestará al niño en su vientre durante los nueve meses a cambio de una dudosa gratificación por el hecho de colaborar altruistamente o bien, una compensación económica (lo que justifica que se considere este embarazo como un negocio), por lo que ambas partes reciben un beneficio<sup>27</sup>.

En ocasiones, la madre portadora busca un beneficio para sí misma, que suele ser lo común, pero otras veces lo hace por altruismo, o eso se supone, procurando un bien ajeno aun a costa del propio. En estos casos, que son mínimos, la mujer portadora suele ser una persona cercana a los padres de intención y se ofrece voluntariamente a gestar al bebé, siendo igualmente así un mero instrumento para un fin, pues seguirá estando condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne a todo su ser<sup>28</sup>, porque como bien dice el Papa Francisco “un hijo es un regalo”, por lo que una madre debe experimentar la maternidad como una experiencia propia y única.

Por otro lado, en el caso de que la mujer portadora se someta a esa gestación a cambio de una prestación económica, se entiende que lo suele hacer por falta de dinero, impulsada por la necesidad. En este sentido la explotación física va inevitablemente unida a la psicológica, quedando obligada continuamente a autoconvencerse de que no es su hijo, provocando un daño irreversible, al poner en contradicción a su cuerpo y a su mente.

Es evidente que, en la maternidad, en el momento de la gestación, se establece un fuerte vínculo entre la madre y el bebé, denominado relación de apego. Esto se debe a que, en el cerebro humano, donde se encuentra el núcleo estriado, en concreto en el ventral, se halla el núcleo *accumbens*, que se encarga de la memoria emocional, del placer y de las adicciones<sup>29</sup>.

Tras varias investigaciones para estudiar el cerebro de una mujer embarazada y comprobar los cambios a nivel anatómico, se deduce que efectivamente, el estriado ventral del cerebro de una madre, responde a las señales de su bebé<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J. Y APARISI MIRALLES, A. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. Murcia, España.

<sup>28</sup> MONTERO, E. “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas” Universidad de Namur, Bélgica, 2015. Pág. 229.

<sup>29</sup> LÓPEZ GUZMÁN, J. “Dimensión económica de la maternidad subrogada (habitaciones en alquiler)”, Madrid, España, 2017. Pág. 202.

<sup>30</sup> PSYCHONEUROENDOCRINOLOGY. “Becoming a mother entails anatomical changes in the ventral striatum of the human brain that facilitate its responsiveness to offspring cues”. Volume 112, February 2020.

La gestación subrogada implica la separación de la madre biológica y del hijo, hecho que representa una amenaza para el bienestar de ambos, puesto que ya han quedado demostradas las negativas consecuencias psicológicas, como afirma NATALIA LÓPEZ MORATALLA “es fácil arrancar del cuerpo de una madre a su hijo, lo difícil es arrancarlo de su cerebro”.

Aunque por un lado la madre gestante ponga en riesgo su salud mental, por otro lado, también pone en riesgo la física al someterse a estas prácticas, ya que pueden sufrir complicaciones vasculares, infertilidad, pérdida del útero, tumor en el pecho e incluso derivar a la muerte, sin dejar de lado que se pone en riesgo la salud del niño, pues cabe la posibilidad de que exista rechazo por parte de este.

En este sentido, queda demostrado que, durante el embarazo, el bebé y la madre establecen una relación interpersonal muy fuerte, de tal manera que el niño es capaz incluso de reconocer el olor, el sabor y la voz de su madre y todo esto contribuye al correcto desarrollo del cerebro social del bebé.

Aunque, aun así, por la falta de transparencia con la que se lleva a cabo esta práctica y la novedad de la técnica, no se tiene una verdadera información sobre las secuelas psicológicas que sufre el niño nacido en vientres de alquiler, aunque comparándolo con niños huérfanos, que sufren una pérdida similar por parte de la madre, queda demostrado que padecen problemas de apego y rasgos de autismo.

JOHN BOWLBY, psicoanalista de niños, ha desarrollado una teoría conocida como “la teoría del apego”, con la intención de dar visibilidad a los problemas psicológicos que sufren los niños que son huérfanos o delincuentes, derivada de la ruptura entre madre e hijo, puesto que supone cambios en el comportamiento del niño. Así, este autor, entiende y equipara esta teoría a los niños nacidos de una maternidad subrogada, porque, aunque la causa sea distinta, la consecuencia viene a ser la misma.

### *3.1. Dimensión bioética*

Debemos empezar a analizar este apartado, teniendo en cuenta que la sociedad en la que vivimos, con el estrés de la vida moderna, los matrimonios tardíos, los antecedentes de abortos, las enfermedades venéreas, el consumo de drogas y además el uso de dispositivos intrauterinos han influido decisivamente en la esterilidad de nuestra especie.

Según CARLOS COLAUTTI, en términos generales, considera que el fin no justifica los medios, puesto que, al realizarse este tipo de prácticas, se lesiona la moral social y degrada la honestidad del acto sexual, ya por la injerencia extraña en su

realización, ya por la masturbación inicial que supone el trámite de la fecundación in vitro<sup>31</sup>.

“La ciencia sin la conciencia no conduce sino a la ruina del hombre”<sup>32</sup>. Debemos tener en cuenta que la ciencia ha estado siempre al servicio del hombre y le da la posibilidad de mejorar como persona y que él mismo sea capaz de ayudar a los demás, ya sea con fines económicos y políticos poco justificables e incluso para beneficios propios según sus necesidades.

Sabemos que cuando se llevan a cabo técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro o la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, el proceso lo lleva a cabo un facultativo que estima que célula es más idónea para dar lugar a un ser, pero en cambio, cuando estamos en un proceso natural, nadie elige el óvulo y el espermatozoide que se va a unir, porque nadie tiene tal potestad, por ello entendemos que “todas las intervenciones sobre el patrimonio genético de la persona humana que no están orientadas a corregir las anomalías, constituyen una violación del derecho a la integridad física y están en contraste con el bien de la familia”<sup>33</sup>. En conclusión, ningún óvulo es mejor o peor que otro, ni una vida nueva es más digna que otra por el hecho de adjudicarle unas cualidades u otras, por lo que apropiarse de la decisión sobre qué uniones de células deben tener lugar es adquirir un derecho que no le pertenece.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la importancia de la dignidad de la persona, el valor de la persona es infinito, por lo que no se puede considerar el cuerpo como un mero objeto que se posea y se pueda disponer para satisfacer las necesidades propias, y cuando de esta práctica se trata, el cuerpo es tratado como propiedad privada de la que podemos hacer cualquier uso, cuando lo lógico sería entender la visión de que el cuerpo no se posee y por lo tanto, no se puede contemplar desde un punto de vista económico<sup>34</sup>, porque la persona es una unidad de cuerpo y alma, así que al no ser divisible, no es posible considerar el cuerpo como una mera parte de la persona.

También, otro tema a tratar es que en la actualidad el derecho a procrear se está concibiendo como algo natural, por eso las tecnologías reproductivas no serían más que una de las múltiples formas de llevarlo a cabo, pero, no obstante, no se puede hablar de

---

<sup>31</sup> COLAUTTI, C. *Reflexiones acerca de la regulación legal de la reproducción asistida*. La Ley, 1997, España. Pág. 1452.

<sup>32</sup> Donum Vitae, sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. Ciudad del Vaticano, 1987.

<sup>33</sup> Pontificio Consejo para la familia, Carta de los derechos de la familia. Ciudad del Vaticano, 1983.

<sup>34</sup> RAYMOND, J. “*Women as Wombs: Reproductive Technologies and the Battle over Women’s Freedom*”, Harpecollins, San Francisco, 1993. Págs. 188-203.

derecho a tener hijos, más bien, como afirma NATALIA LÓPEZ MORATALLA, el derecho del hijo a nacer fruto del amor de unos padres. Pero si en cambio, este hijo ha surgido a través de experimentos en un laboratorio, nos desviaríamos de lo principal y nos centraríamos únicamente en el deseo de una madre y de un padre por tener un hijo sin importar los medios por los que se lleve a cabo<sup>35</sup>.

Finalmente, deberíamos analizar la moralidad de la cuestión, puesto que el artículo 4 de la Declaración de Derechos Humanos afirma que “nadie estará sometido a esclavitud, ni a servidumbre. La esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”. Teniendo en cuenta esto, la moralidad de la acción es más que dubitativa, ya que, en este negocio, las mujeres son esclavas de su propio cuerpo y del dinero, puesto que son contratadas para un fin meramente reproductivo y el bebé no es más que objeto de un contrato, cuando realmente se trata de un sujeto.

LÓPEZ MORATALLA opina que “la maternidad subrogada es la forma de esclavitud más cruel de la mujer”, no son avisadas de las consecuencias que va a suponer este embarazo, tanto para ellas como para el bebé, piensan que están haciendo un bien para los padres demandantes, pero no se dan cuenta de que las primeras víctimas son ellas. Por ello que la maternidad subrogada es considerada tráfico de la madre portadora y el bebé gestado, ya que se realiza un contrato para alquilar el útero de la madre gestante, a cambio de una retribución, con el fin de conseguir un bebé. Esto supone una especie de compraventa del bebé gestado, que convierte a los niños en productos comerciales<sup>36</sup>, en el que los padres demandantes realizan un proceso de selección del niño e implica una explotación tanto de la madre como del bebé gestado.

### 3.2. Dimensión biomédica

Entendemos el término fertilidad como “la capacidad fisiológica del ser humano para reproducirse”<sup>37</sup>, la reproducción como “la propiedad que poseen los seres vivos de dar origen a otros seres de características semejantes a sí mismos, orientada a la conservación de la especie”<sup>38</sup>, propiedad que adquiere en el ser humano “una dimensión que trasciende los límites de lo puramente biológico”<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Pontificio Consejo para la familia. Sexualidad humana: verdad y significado. Ciudad del Vaticano, 1995.

<sup>36</sup> “Mujer, Madre y Profesional de Profesionales por la ética. Vientres de alquiler, maternidad subrogada, una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de las personas”, 2015. Pág. 2.

<sup>37</sup> SOTO LAMADRID, M. *Biogenética, filiación y delito*. Astrea, Buenos Aires, 1990, Pág. 3.

<sup>38</sup> *Ibidem*

<sup>39</sup> MARTÍNEZ, A. “La infertilidad y sus tratamientos”, Ábaco, Buenos Aires, 1997, Pág. 19.

Por ello, se interpreta que la fertilidad hace a la reproducción, pues esta capacidad fisiológica permite dar origen a nuevos seres.

Comprendiendo que cada padre solo aporta la mitad de la información genética que posee y que en el niño estas dos mitades se yuxtaponen sin mezclarse para reconstruir un conjunto completo, entendemos que, como colección de informaciones, es enteramente nuevo y, por lo tanto, difiere tanto de un padre como de otro. Así pues, autores como JACQUARD deducen que no existe reproducción.

De tal forma, la invención de la sexualidad, es decir, de un mecanismo que necesita la colaboración de dos seres para originar un tercero, ha suprimido la capacidad de reproducción, puesto que un ser sexuado no puede reproducirse. En definitiva, el niño, al no ser la reproducción de nadie, es una creación definitivamente única<sup>40</sup>; por lo tanto, el término más adecuado aquí sea procreación.

Por otro lado, debemos hacer distinción entre los términos esterilidad e infertilidad humana. En general, la esterilidad es, en el varón, la incapacidad para fecundar y en la mujer, la incapacidad para concebir, llamándose pues infertilidad a la incapacidad de desarrollar en el seno materno un feto viable<sup>41</sup>.

En cambio, también se conoce que la esterilidad significa que nunca se puede concebir, en tanto que la infertilidad significaría la incapacidad de concebir, pero sería ciertamente elástico, pues una pareja puede parecer no fértil durante un tiempo, y más adelante concebir<sup>42</sup>.

O bien, se denomina infertilidad a la incapacidad para concebir, si bien esta puede no ser una situación definitiva, en tanto que la esterilidad, en cambio, sería la incapacidad definitiva o irreversible para concebir, aunque en algunos casos esta imposibilidad natural se corrija con procedimientos médico-quirúrgicos<sup>43</sup>.

Aún así, se emplean ambos términos indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, advirtiéndose de que esto no es exacto y entendiendo que desde el punto de vista médico cabe distinguir el concepto de esterilidad, que indica la imposibilidad de efectuar la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, del de infertilidad, que expone la imposibilidad de tener hijos vivos, cabiendo la posibilidad

---

<sup>40</sup> JACQUARD, A. *“Elogio de la diferencia: la genética y los hombres”*. 1988, pág. 20.

<sup>41</sup> NICHOLSON, R. *“Esterilidad en la mujer”*, Paidós, 1971, pág. 195.

<sup>42</sup> WOOD, CARL Y WESTMORE, A. *“Fecundación in vitro”*, Fontanella, Barcelona, 1983, PÁG. 23.

<sup>43</sup> VIDAL, MARCIANO, ELIZARI, JAVIER Y RUBIO. *“El Don de la vida. Ética de la procreación humana”*, PS Editorial, Madrid, 1987, págs. 9 y 10.

de fecundación y, por lo tanto, el desarrollo del embrión o feto, es decir, una esterilidad relativa.

### 3.3. *Dimensión moral*

Entendemos que la existencia de la persona humana comienza desde su concepción, es decir, desde el instante en que el espermatozoide humano penetra al óvulo humano y lo fecunda, momento en que comienzan el conjunto de fenómenos biológicos que conducen a la singamia, donde queda definitivamente organizado el genoma propio de cada ser humano, el que es inalterable<sup>44</sup>.

EL PAPA JUAN PABLO II dijo en una encíclica “desde el momento en que el óvulo es fecundado se inaugura una nueva vida que no es la del padre, ni de la madre, sino la del nuevo ser humano que se desarrolla a si mismo... Por lo demás está en juego algo tan importante que, desde el punto de vista de la obligación moral, bastaría la sola posibilidad de encontrarse ante una persona para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano. El ser humano debe ser respetado y tratado como una persona desde el instante de su concepción y por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser humano inocente a la vida”<sup>45</sup>.

Debemos tener en cuenta que las técnicas que actúan sobre la reproducción humana implican una manipulación indebida de la vida humana inocente. La persona del hijo es tratada como un mero producto o resultado de una técnica, a ella se aplican términos como “sobrante”, “congelada”, “transferida” y se les somete a controles de calidad. En estos casos se trata a la persona como un objeto de producción o experimentación, un medio para alcanzar un objetivo, un objeto de manipulación meramente instrumental y no como un sujeto personal.

Hay que considerar que la fecundación extracorpórea permite no solo que las personas concebidas por este procedimiento sean objeto de manipulación, sino que, en la mayoría de los casos se produzcan abortos, que, aunque no fuesen provocados, son previsibles y, por lo tanto, los podemos entender como moralmente ilícitos.

También debemos tener en cuenta que nadie recurre a estas técnicas pensando en tener un embarazo múltiple, está claro que se espera que dos de los embriones mueran

---

<sup>44</sup> PINEDA, R. “*Comentarios sobre los proyectos consensuados de fertilización asistida*”, [www.aciprensa.com](http://www.aciprensa.com)

<sup>45</sup> Evangelium Vital nº 60; cf. Discurso al XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes.



antes del nacimiento, por ende, estamos ante procedimientos que prevén que el 60% de las personas que traen a la vida, mueran de “forma espontánea” y solo un 33% puedan llegar a nacer. Así pues, sabemos que la práctica utilizada para alcanzar la implantación de un embrión es la manipulación de un número mayor de embriones, teniendo la certeza que algunos de ellos morirán y

Finalmente, debemos señalar que la fecundación extracorpórea, al generar una vida fuera de su lugar natural, provoca varios problemas que se agravan hasta límites insospechados, puesto que cabe la posibilidad de que la madre que recurrió a la técnica muera o también se niegue a recibir a su hijo en su seno, porque así decida en un arrebato.

En conclusión, entendemos que la autoridad política tiene el deber de defender la vida desde la concepción y debería prohibir el empleo de las técnicas de procreación artificial, por ser atentatorias contra la dignidad de la persona por nacer y por poner en grave riesgo de su vida.

Así pues, el legislador debe tener en cuenta que, como sostiene el Papa Juan Pablo II, “no es posible construir el bien común sin reconocer y tutelar el derecho a la vida, sobre el que se fundamentan y desarrollan todos los demás derechos inalienables del ser humano”<sup>46</sup>.

#### 4. Consecuencias sociales derivadas de la práctica

##### 4.1. Problemas psiquiátricos

Valdría la pena empezar este capítulo reconociendo la frustración y la sensación de fracaso que tienen aquellos padres que se enteran de la incapacidad de ser tales, circunstancia que debe desencadenar pensamientos de desvalorización personal y diversos tipos de autovaloraciones negativas.

Debemos tener en cuenta que el diagnóstico de infertilidad ocasiona un tremendo efecto psicológico, descrito por algunos autores, como una crisis vital.

Según autores como RUBIN y BLOCH, estas parejas se ven desbordadas a nivel cognitivo, sienten negación, confusión, temor, tristeza y culpa a nivel psicológico y a nivel fisiológico, suelen desarrollar reacciones de estrés general.

Por otro lado, desde el punto de vista psíquico la situación puede llegar a ser especialmente compleja, por el hecho de que, aunque una mujer decida no vincularse con el bebé que gesta para prevenir el posterior duelo, la biología sigue su curso y los cambios

---

<sup>46</sup> *Donum Vitae II. B 4.C*

cerebrales, como ya explicamos en otro capítulo, no se pueden evitar. Bien es cierto que al saber que van a tener que separarse del bebé, se hace un esfuerzo psíquico para no vincularse a él y ello no provoca más que bajo ánimo e incluso depresiones durante el embarazo que se reconoce que afecta al bebé en gestación.

Distintos estudios demuestran que un duelo por la pérdida de un bebé gestado es tremendamente difícil por más que la mujer intente prepararse para el mismo y que un alto porcentaje de estas madres gestantes sufrirán depresiones posparto que influirá en tener que tomar medicación incluso para suprimir algo tan natural como la lactancia y un pequeño porcentaje tendrá la complicación más grave, la psicosis puerperal, caracterizada por la pérdida del sentido de la realidad, provoca alucinaciones y alteraciones del comportamiento.

Debemos tener en cuenta que una de las causas más frecuentes de muerte materna en el año que sigue al parto es el suicidio, sobre todo en países como Reino Unido y esto muchas veces se debe a que las mujeres que optan por gestar un bebé de otros, no están informadas de los riesgos a los que se enfrentan, en especial desde el punto de vista psicológico, porque es probable que su salud mental esté en juego de por vida, pero más probable es que nadie se lo haya comunicado previamente.

Las consecuencias para la salud de madres y bebés de esta práctica adolecen de una serie de defectos y sesgos recurrentes, entre otras cosas, por la dificultad de estudiar a largo plazo las consecuencias en los bebés así gestados o de acceder a las gestantes durante o tras el embarazo.

La afirmación de varios “profesionales” de que una gestante por subrogación está expuesta a los mismos riesgos que otra gestante natural, no es cierta, ya que solo la ovodonación habitual en esta práctica supone un mayor riesgo de patologías con riesgo vital como la eclampsia, además se suele omitir la medicalización del embarazo y parto que sufren estas madres.

Ya hemos comentado que existe dificultad para estudiar e investigar, pero varios estudios realizados encuentran un alto sufrimiento emocional en las gestantes de Irán y altas tasas de depresión en el embarazo en las gestantes de la India.

Por otra parte, no se nombran las situaciones donde el bebé muere durante el embarazo y la enorme dificultad que pueden conllevar esos duelos, o las situaciones donde el bebé tiene alguna malformación y los padres intencionales solicitan una interrupción del embarazo con la que la gestante puede no estar de acuerdo.

En conclusión, el problema psicológico afecta a ambos, al bebé en el momento de nacer y en su posterior desarrollo y a la madre, cuando se separa de él y probablemente el resto de su vida.

#### *4.2. Problemas sociológicos*

Debido a las respuestas jurídicas que dan los Estados ante la gestación subrogada, se ha producido en las últimas décadas un fenómeno conocido como “turismo reproductivo”, que según RODRIGO A. debe entenderse como el suceso que se da “cuando una pareja tiene problemas de fertilidad y el tratamiento de reproducción asistida que permite solucionar el problema no está legalmente aceptado en su país, viajan a otro destino en busca del tan deseado embarazo<sup>47</sup>”.

La situación es preocupante, puesto que es imposible un control exhaustivo en la seguridad de los servicios que se ofertan y pueden aumentar el riesgo de explotación de mujeres que viven en países en vías desarrollo, evidentemente dejando entrever la idea de que la reproducción humana es objeto de comercio<sup>48</sup>.

Ante las dificultades que esto plantea, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, en abril de 2012, elaboró un informe sobre los problemas que conllevan este tipo de contratos en el ámbito internacional, informe que trataremos en otro capítulo, pero que es importante recalcar en esta parte del trabajo.

#### *4.3. Perjuicio para el menor*

Este punto hay que empezar a estudiarlo a través de nuestra norma suprema, la Constitución, donde en su artículo 14 reconoce la igualdad ante la Ley sin que pueda existir discriminación por razón de nacimiento, lo que según distintos autores se puede aplicar perfectamente a los nacidos por gestación subrogada, más allá de su prohibición en nuestro país. También, en su artículo 39, dentro de los principios rectores, indica el deber que tienen los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, además exige a los padres la obligación de prestar asistencia, y en su último apartado establece que los menores gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos, lo cual quiere decir

---

<sup>47</sup> RODRIGO, A. “Turismo reproductivo para conseguir el embarazo” Revista digital “Reproducción asistida ORG”.

<sup>48</sup> LAMM, E. “Gestación por sustitución”, pág. 22.

que el interés superior del menor debe estar protegido tanto por los progenitores como por los poderes públicos.

En referencia a las normas de carácter internacional cabe mencionar la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989<sup>49</sup>, donde en su artículo 3, establece la obligación de considerar como primordial el interés superior del menor, además asegurar al niño la protección y el cuidado necesario, atendiendo además a los derechos de sus padres u otras personas responsables ante la Ley y de igual modo, ordena que los Estados aseguren que sus instituciones y servicios de protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes.

En el mismo sentido, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>50</sup>, que en su artículo 6, habla del interés del menor, prevaleciendo frente al principio de publicidad de los juicios orales, uno de los principios que informan los procesos judiciales, y que aun así, se ve supeditado a la protección de los menores.

En cuanto a estos derechos, en relación al tema que nos atañe, la Dirección General de Registro y Notariado explica que los criterios que condicionan el acceso al Registro Civil Español, se basan en la finalidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (instrucción que trataremos en el estudio legislativo de este trabajo), que es la de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor y se pretende evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores, así como que se exija que no se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico.

Así pues, existen dos vertientes, la que defiende que la utilización de esta técnica reproductiva va en contra de la protección del nacido y de sus intereses, y la que valora que lo que atenta en contra de los derechos de estos, es negar su inscripción.

Aunque el tema de la inscripción la valoremos más adelante, debemos detenernos un segundo a analizar que el hecho de que los españoles busquen fuera de su país llevar a cabo esta práctica, incumpliendo el orden público internacional, supone que, una vez nacido el niño, lo más importante sea el cuidado de sus intereses y decidir qué es lo mejor

---

<sup>49</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

<sup>50</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales núm. 3 y 5 de 6 de mayo de 1963 y de 20 de enero de 1966.

para él, dejando de lado el resto de debates posibles, como por ejemplo el cómo y dónde ha nacido.

Por otro lado, este tema ha sido bastante tratado en los Tribunales españoles, en concreto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, donde hubo un voto particular de Seijas Quintana, en el que se manifestaba que, *“El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes «para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar de facto. Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses... Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo..., y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor...”*.

Y en este sentido atendiendo a distintos factores, varios investigadores pretenden estudiar cual es la solución más favorecedora para el menor, estableciendo quién tiene más derecho, si una persona que en ningún momento ha tenido intención de hacerse cargo del nacido, y que de no ser por la iniciativa del contrato de gestación, no habría querido someterse a la gestación y por ende no tiene una mayor vinculación, o una persona que pese a la imposibilidad biológica de procrear, ha buscado medios para convertirse en progenitor, y que desde el principio ha velado para que esa gestación se culmine y se compromete con anterioridad a hacerse cargo de los cuidados y necesidades del nacido,

ofreciendo por ello una retribución y tratando al futuro nacido como objeto de comercio, por supuesto. En conclusión, no es mi intención analizar cuál de los dos tiene más derecho, pero varios autores se empeñan en establecer este tipo de diferencias, como si alguna de las dos posiciones fuese más correcta que la otra.

En definitiva, con el principio del interés superior del niño, tratan de garantizar el reconocimiento de los Derechos Humanos de los niños, procurando que, antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos. Así, según VALDÉS DÍAZ, se tratan de superar dos posiciones extremas, el autoritarismo o abuso de poder que ocurre cuando se toman decisiones referentes a los niños, por un lado y, el paternalismo de las autoridades, por otro.

Lo considera como un concepto triple, en el que es un derecho del niño a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre algo que le afecte; un principio, ya que si una disposición tiene más de una interpretación, se escogerá aquella que satisfaga de forma más efectiva el interés del niño; y, una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que les afecte, habrá que hacer una estimación de esas repercusiones, evaluar y determinar las garantías procesales que requerirá.

##### 5. Filiación como marco doctrinal de referencia

Al analizar este punto, debemos tener en cuenta, como ya hemos mencionado, que la gestación subrogada es una práctica sin regulación positiva en España, así pues, es necesario enmarcarla de forma adecuada en el plano doctrinal.

Desde el punto de vista jurídico, esta práctica solo encuentra cabida en el Derecho en la institución jurídica de filiación.

En general, se entiende por filiación, aquella relación jurídica entre padres e hijos que genera derechos y deberes recíprocos, pudiendo ser esta natural, cuando es derivada de la procreación y se distingue entre matrimonial y no matrimonial, o bien, siendo esta civil que es la derivada de un proceso de adopción. Sin embargo, hay otros tipos de filiación, como son las derivadas de reconocimientos de convivencia y la que es consecuencia de la fecundación artificial.

También puede suceder que un hijo tenga padres biológicos jurídicamente desconocidos, es decir, que no se conozca la relación biológica, pero no significa que no los tenga en sentido estricto, porque evidentemente todos nacemos de alguien, pero esa

persona no tiene a nadie que desempeñe el papel legal de padre biológico, al menos hasta que alguien aparezca y resulte legalmente determinado, si es el caso.

### *5.1. Concepto, clases y acciones*

En este capítulo nos interesa estudiar la filiación natural, en concreto. Esta es consecuencia del coito, fecundación, gestación y alumbramiento, siendo el material genético, el ecosistema del filiado biológicamente de sus progenitores en todas las fases.

Según el artículo 108 del Código Civil<sup>51</sup>, la filiación natural podrá ser matrimonial o no matrimonial.

En el supuesto de filiación matrimonial materna y paterna, hay que tener en cuenta que queda determinada legalmente por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres o por sentencia firme tal y como expone el artículo 115 del Código Civil.

En cambio, la filiación no matrimonial tanto materna como paterna quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en documento público, por resolución en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro civil o, por sentencia firme y, además, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practica dentro del plazo de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil<sup>52</sup>.

En este sentido, es necesario traer a colación el reconocimiento de la filiación no matrimonial debido a que un tipo concreto del mismo es relevante para la maternidad subrogada. Dicho reconocimiento se debe a admitir el hecho de la existente relación biológica entre la persona que lo lleva a cabo y aquel o aquella a quien se encuentra referido.

Y en este punto, cabe preguntarse si es característica del acto que determina la filiación no matrimonial ser una declaración de ciencia o de voluntad, siendo el reconocimiento por complacencia de una figura clave a tener en cuenta. Es decir, existen personas que sin que haya relación biológica de por medio y siendo plenamente consciente de ello, se disponen a reconocer un hijo como suyo, lo cual quiere decir que se establece una relación de filiación sin ser hijo biológico ni adoptivo, lo que supone una inseguridad jurídica total, no ya solo de cara al menor, sino, hacia toda la sociedad.

---

<sup>51</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE 1889 4763)

<sup>52</sup> Artículo 120 del Código Civil

Por último, respecto a esto, además de los medios de determinación matrimonial ya mencionados, no debemos olvidarnos del expediente gubernativo, la sentencia firme y del caso del artículo 47 de la Ley del Registro Civil<sup>53</sup>, el cual permite a la madre desconocer la filiación.

## 5.2. Acciones de filiación

Existen reglas comunes a dichas acciones, entre otras encontramos, en primer lugar la del requisito previo de un principio de prueba, en segundo lugar, la regla que permite que la acción de reclamación de filiación permitirá la impugnación de la filiación contradictoria con la que se reclama (teniendo en cuenta que cuando se reclama otra filiación, necesariamente se debe impugnar la que se ataque) y, en tercer lugar, el hecho de que si hay posesión de estado, está legitimado cualquier con interés probado<sup>54</sup>.

Respecto a la reclamación de filiación, debemos razonar que, quien es padre, madre o hijo, tiene el derecho de demostrarlo *erga omnes*, siendo necesario para ello aportar toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. Por otro lado, para reclamar la filiación se han de distinguir dos supuestos, en primer lugar, cuando la persona que sea, disfruta de la posesión del estado de filiación que se reclama para ella y, por otro lado, en segundo lugar, cuando no se posee dicho estado (es diferente a efectos de la posesión de estado cuando la filiación que se reclama es matrimonial o no matrimonial).

Y, por otro lado, la impugnación de la filiación es una figura jurídica que se basa en la verdad biológica. Debemos reflexionar entonces, en por qué, si se concede importancia a la realidad biológica, como para tumbar un reconocimiento de complacencia que no tiene vicios en el consentimiento, se va admitir la maternidad subrogada, que es una figura análoga a un reconocimiento contra la evidencia biológica.

Sin embargo, no sabemos qué significa realmente qué implicaciones tiene dicha impugnación. Bien, ALBALADEJO se pronuncia al respecto y entiende que para que el reconocimiento de un hijo sea eficaz no se exige que el reconocedor sea verdaderamente progenitor biológico del reconocido, sino que exista la voluntad no viciada de ser el padre de ese hijo. El artículo 141 del Código Civil permite ejercitar esta acción a quien haya otorgado el reconocimiento habiendo concurrido alguno de los vicios del consentimiento.

---

<sup>53</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 2011-12628)

<sup>54</sup> Artículo 131 del Código Civil



Esta acción caduca al año de que se haga efectivo el reconocimiento o desde que el vicio cese; además, se entiende que no es impugnabile, pero ALBALADEJO tiene en cuenta unas sentencias del Tribunal Supremo<sup>55</sup> en las que, según él, se está comenzando a imponer la opinión cuyo objeto principal es el respeto a la vida.

Finalmente, si esto fuese así, la impugnación del reconocimiento de complacencia no se regularía por el artículo 141 del Código Civil, sino por el 140, provocando la legitimación del reconocedor para impugnar el reconocimiento al no ser reconocido su hijo biológico.

### *5.3. La filiación en la reproducción asistida*

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida, se regulará por las leyes civiles<sup>56</sup>. LACRUZ BERDEJO entiende que la normativa habrá que aplicarla distinguiendo si se trata de pareja casada, de pareja no casada o de mujer soltera, en los dos primeros casos, habrá que diferenciar si la procreación es llevada a cabo con semen del varón de la pareja o con semen de un donante.

En el supuesto de pareja casada, en caso de que exista procreación asistida con el semen del varón de la pareja, se aplicarán los artículos 116 del Código Civil, cuya particularidad es la artificial forma de hacer llegar los gametos masculinos cerca del óvulo de la mujer, pues el material genético de la mujer y la voluntad del marido, coinciden completamente con la reproducción natural.

En el caso de que, en este supuesto, la esposa sea inseminada con semen de su marido, pero este ni conociera ni consintiera tal acción, LACRUZ BERDEJO expone que, aunque es poco verosímil, es posible, y que por lo tanto es complicado negar la condición matrimonial del hijo, en primer lugar porque genéticamente lo es y, en segundo lugar, porque el hijo es el interés preponderante.

Esta tesis de que el hijo nacido por procreación asistida con semen del marido, no provoca ningún problema a la hora de determinar la filiación como matrimonial, es sustentada también por LASARTE.

Estos autores, respecto al supuesto de procreación asistida con semen de tercero, pero sin consentimiento del marido, entienden que, si bien la situación plasmada no ha sido específicamente contemplada por nuestra legislación de procreaciones asistidas, el

---

<sup>55</sup> SSTs de 5 de junio de 2004, de 29 de octubre de 2008 y de 5 de diciembre de 2008.

<sup>56</sup> Artículo 7.1 del Código Civil

marido no consentidor no es titular del material genético empleado para que nazca el niño, por tanto, aun existiendo matrimonio, ese hijo será extramatrimonial y tendrá vinculación únicamente con la madre. Ahora bien, si dicho hijo se inscribiera como matrimonial, en virtud del artículo 116 del Código Civil, la paternidad marital podrá impugnarse según reglas generales.

Por otro lado, en los supuestos de fecundación con semen del compañero en parejas no casadas mediando consentimiento por parte del varón, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida no prevé nada, por lo que se aplican, por analogía, las normas y principios generales de las parejas casadas. Debemos tener en cuenta que aquí no entre la presunción legal *pater is est* por lo que dicha paternidad solo se considerará jurídica por los mecanismos del artículo 120 del Código Civil.

En el caso de que no se dé consentimiento por parte del varón, el supuesto poco se diferencia de la procreación gracias a donante anónimo, puesto que este no ha asumido ninguna responsabilidad y, si voluntariamente no efectúa el reconocimiento, es discutible que pueda declararse su paternidad en un proceso de reclamación de filiación.

Dentro del ámbito de una pareja no casada, en los casos de que la fecundación asistida se lleve a cabo con semen de tercero, también entiende LACRUZ BERDEJO que existe una distinción en el caso de que haya o no consentimiento del varón del compañero sentimental de la madre.

Cuando hay consentimiento, se aplicarán los mismos principios que en el supuesto de parejas casadas, por lo que la paternidad del hijo corresponderá al varón que presta el consentimiento. Por el contrario, cuando no exista consentimiento ni intervención por el compañero de la madre, ni tampoco haya asumido responsabilidad previa frente a tal nacimiento, no se le podrá relacionar jurídicamente con ese nuevo ser nacido.

Y finalmente, en el caso de la procreación asistida de mujer soltera, la Ley no pone ningún tipo de restricción, teniendo en cuenta el párrafo 2º del artículo 6.1 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el que LACRUZ BERDEJO afirma que jugarán los supuestos anteriormente examinados. Es decir, cuando una mujer por su cuenta y riesgo, sin varón que dé su consentimiento para una inseminación con semen de donante, se someta a ella y finalmente tenga el hijo, el nacido solo tendrá filiación materna, puesto que nuestra Ley niega todo tipo de lazo con el donante anónimo.

## 6. En concreto, efectos jurídicos desde el punto de vista registral

Para contextualizar la situación, debemos tener en cuenta en primer lugar los primeros antecedentes en España, para ello, cabe mencionar la Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado de 18 de febrero de 2009, que surgió tras un caso en el que dos ciudadanos varones españoles, casados, solicitan la inscripción de nacimiento de sus dos hijos en un Registro Civil Consular español en Estados Unidos adjuntando certificados de nacimiento y libro de familia de ambos padres. Estos menores, nacidos en Estados Unidos, son fruto de gestación por sustitución. Bien, dicha solicitud fue denegada por el mismo Registro Consular, por lo que los interesados recurren ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, siendo entonces estimado y, por lo tanto, permitiendo la inscripción de menores españoles.

Según ATIENZA<sup>57</sup>, la solución para el caso pasa por aplicar el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (donde se establece la equiparación de los documentos extranjeros a los españoles, siempre que cumpla los requisitos legales, por lo tanto, sería suficiente con una comprobación de los mismos para la correcta inscripción de los menores), si bien la inscripción se ha solicitado a través de un certificado registral extranjero de nacimiento. Y según afirma, la resolución de la Dirección General, se basa en la “validez extraterritorial de decisiones extranjeras”, y no en el Derecho aplicable al fondo del asunto.

Ahora bien, dentro de estos requisitos, el que resulta problemático es el referido al orden público internacional, por su indeterminación. Aun así, en este caso específico, la Dirección General estableció como cumplido este requisito. Existe una gran divergencia de opiniones en la doctrina sobre la argumentación aducida por la Dirección General, si bien CALVO CARAVACA y CARRASCOSA, se muestran a favor de la misma defendiendo que esta entienda “solventó con éxito”, mientras otros autores se muestran más reacios a aceptar su razonamiento como HEREDIA CERVANTES, que dejando claro que a su parecer se “partía de un presupuesto acertado”, ve que la mayoría de los autores rechaza de plano dicha resolución. ATIENZA, tiene este mismo pensamiento, puesto que ve acertada la solución dada pero no así su fundamentación.

Existen muchas críticas a esta Resolución, ya que se centran en el argumento que reza: una correcta perspectiva metodológica conduce a afirmar que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil debe valorarse no a través de la

---

<sup>57</sup> Atienza, M. De nuevo sobre las madres de alquiler. El notario del XXI, 2009, núm. 27, versión digital.

aplicación del Derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español.

Así pues, la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil excluye la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes y en concreto, la del artículo 9.4 del Código Civil. Por tanto, también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida<sup>58</sup>.

Según ATIENZA, “la resolución plantea las cosas como si se tratase de examinar simplemente si una certificación registral extranjera atenta o no contra el orden público, eludiendo entrar -al menos, de manera clara-, en la cuestión de fondo”<sup>59</sup>. Así, queda reflejado que el verdadero problema, que es determinar si someterse a la gestación subrogada fuera de España implica un problema de orden público, se diluye mientras se da importancia a la parte formal de la inscripción.

Por otro lado, HEREDIA CERVANTES, afirma que el procedimiento que siguió la resolución, no es el adecuado, dado que la certificación que traía causa de la inscripción era fruto de una decisión judicial previa. Para el autor, esta decisión es “la que está llamada a desplegar efectos en España”, y no así, la certificación registral.

La conclusión es clara, si esta certificación traía causa de una decisión judicial, su inscripción en España debe estar a expensas del reconocimiento, en primer lugar, de dicha decisión, puesto que es la que realmente determina la relación de filiación. En esta línea, el artículo a aplicar no sería el 81 del Reglamento del Registro Civil, sino el artículo 83, por el que cuando una inscripción se realiza en virtud de una sentencia sin fuerza en España, debe haber obtenido el *exequátur* de forma previa. Además, habría que aplicar el artículo 23 de la Ley del Registro Civil, el cual decreta que podrá practicarse la inscripción sin previo expediente de certificaciones extranjeras siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

La doctrina no fue la única que se mostró contraria a la Resolución de la Dirección General de Registro y Notariado. El Ministerio Fiscal interpuso recurso contra la misma, ante el Juzgado de Primera Instancia, lo que desembocó en la Sentencia nº 15 de Valencia

---

<sup>58</sup> Resolución Dirección General de los Registros y Notariados, de 18 de febrero de 2009, Fundamento de Derecho segundo.

<sup>59</sup> ATIENZA, M. op. Cit. nota 24, pág. 13.

de 15 de septiembre de 2010, en la que el Juez falla a favor del Ministerio Fiscal y dejaba sin efecto la inscripción de nacimiento ordenada por la Dirección General.

Este proceso desembocó en un recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, ante el Tribunal Supremo.

Poco tiempo después surgió la Instrucción 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registro y Notariado (instrucción que trataremos en otro capítulo de forma más amplia), como solución que se aplicaría a las solicitudes de inscripción de menores nacidos mediante *gestación* subrogada en el Registro Civil español.

DURÁN AYAGO comenta que la STS de 6 de febrero de 2014, última instancia del proceso del que hemos hablado anteriormente, llegó a ordenar la paralización de la aplicación de esta Instrucción por contravenir también al orden público<sup>60</sup>. Es más, se llegó a presentar por el Consejo de Ministros, el 13 de junio de 2014, una modificación de la Ley del Registro Civil en cuanto a estos extremos, sin embargo, no tuvo más éxito y se volvió al sistema de inscripción de esta Instrucción.

En definitiva, ha sido la disposición de mayor trascendencia, por ser la única que ha aportado una solución, que, pese a ser bastante debatida, ha perdurado en el tiempo. Su contenido se centra en establecer que, para la inscripción de un menor nacido por esta práctica, deberá presentarse la resolución judicial dictada por el Tribunal competente por la que se vea determinada la filiación del nacido. Después, dicha resolución deberá ser objeto de *exequátur*, y el auto final deberá presentarse junto con la resolución extranjera ante el Registro Civil. Además, añade una obligación para aquellos casos en los que la resolución derivara de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, estableciendo que el encargado del Registro deberá realizar un control incidental de dicha resolución constatando lo siguiente: la regularidad y autenticidad formal de la resolución, que el Tribunal de origen hubiese basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en nuestra legislación, que se hubieran garantizado los derechos procesales de las partes, que no se haya producido vulneración del interés superior del menor ni de los derechos de la madre gestación y, finalmente, que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables.

Pese a ello, parece que al igual que la mayoría de doctrina, coincide en afirmar que, en cuanto al extremo de orden público internacional, la Instrucción flaquea,

---

<sup>60</sup> DURÁN AYAGO, A. “*Observaciones sobre 2013/DGRN/7 resolución de 15 de abril de 2013*”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, Iprolex, XIII, 2013.

manifestando incluso que el reconocimiento de las relaciones de filiación creadas gracias a la gestación subrogada no lo contradice, al menos no en todos los casos.

Por otro lado, en cuanto a la jurisprudencia, retomando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, establece el tribunal que la inscripción de los menores no podrá ser acogida por el Registro, en tanto la presentación del acta registral extranjera infringe el orden público internacional, al entender que “la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, y, por tanto, conforme a los artículos 1271 y siguientes del Código Civil no puede ser objeto de un contrato”<sup>61</sup>, y estableciendo que como afirma la Instrucción de la Dirección General, se “establece la posibilidad de la inscripción del nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”.

En definitiva, dadas las contradicciones que esta Instrucción acarrea, será tratada en el siguiente capítulo de este trabajo, en concreto en el de estudio legislativo.

---

<sup>61</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, F. “*La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos*”, Revista sobre la infancia y la adolescencia, Reinad, 2014, núm 6. Versión digital.

#### IV. ESTUDIO LEGISLATIVO

##### 1. Regulación sobre la gestación subrogada en España

Como ya sabemos la gestación subrogada es una práctica conocida como técnica de reproducción asistida, que, a pesar de ser nula de pleno derecho, es cada vez más común en España, dato que el legislador no puede pasar por alto. Por ello, se ha tenido que desarrollar un marco normativo concreto para regular, de alguna forma, esta práctica.

Actualmente en España, la gestación subrogada tiene su regulación en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida. En concreto, el artículo 10.1 de esta misma, dispone que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Debemos tener en cuenta que, en España, la determinación de la filiación materna se configura por el principio *mater semper certa est*, que consiste en que la persona que da a luz al recién nacido es la madre a todos los efectos. Por esta razón, si “la madre” no ha alumbrado al niño, como sucede en esta práctica, entendemos que no está legitimada para reclamar la maternidad del mismo. En resumen, en el caso de la determinación de la filiación materna, el legislador se decanta por el factor obstétrico, ante el factor volitivo<sup>62</sup>.

Por otro lado, una parte de la doctrina entiende que la prohibición establecida en el artículo 10.1 de la misma Ley, no era necesaria, puesto que el artículo 1271 del Código Civil ya se desprende la ilicitud de esta práctica, por ser el cuerpo humano indisponible, intransferible, personalísimo y una *res extra commercium*<sup>63</sup>.

En este mismo sentido, la gran parte de los investigadores consideran que el contrato de gestación subrogada es un contrato de compraventa, conforme al artículo 1445 del Código Civil, puesto que una de las partes, se obliga a pagar un precio, y la otra, a entregar una cosa determinada, que en esta práctica se trata de un ser humano.

Otra parte de la doctrina considera que este contrato es de obra o servicio, ya que según el artículo 1544 del Código Civil, la gestante se obliga a realizar o prestar una obra o servicio a favor de otra persona y por un precio cierto<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “La gestación subrogada en España y en el derecho comparado”, Wolters Kluwer. Madrid, 2018. Págs. 59-61

<sup>63</sup> IGAREDA, N. “La inmutabilidad del principio “*mater semper certa est*” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, Universitas, núm. 21, 2015, pág. 4.

<sup>64</sup> REGALADO TORRES, M.D. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en Revista FEMERIS, vol. 2, núm 2, 2017, pág. 20.

En conclusión, para estudiar cómo queda regulada esta práctica en España, en este capítulo vamos a analizar como nuestro ordenamiento jurídico recoge y ampara esta práctica.

### *1.1. La Constitución Española de 1978*

El artículo 10.1 de la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico establece que son derechos fundamentales “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”, estos están conectados directamente con los valores superiores proclamados en el artículo 1.1, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político<sup>65</sup>.

El artículo 10.1 de la Constitución Española ha sido interpretado de distintas formas. Entre una de las interpretaciones está la de que la gestación por sustitución vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación<sup>66</sup>, argumentación suficiente para rechazar la práctica de la gestación subrogada. Bien es cierto, que, por otro lado, una pequeña mayoría, entienden que el hecho de no permitir a una mujer someterse a esta técnica, supondría una vulneración del libre desarrollo de la personalidad de la mujer que decide gestar un hijo para terceros, e incluso, se considera que el libre desarrollo de la personalidad puede concretarse en el deseo legítimo y digno de protección de ser progenitor biológico o legal<sup>67</sup>, como si en este caso entonces no importara el interés superior del menor y simplemente el deseo de una persona a ser madre, dentro de lo que la genética le permita.

Por otro lado, tenemos en cuenta también el artículo 14 de la norma suprema, que dispone que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta disposición, es utilizada en esta práctica, demasiado a menudo, como fundamento en las sentencias que se aborda el asunto complejo de la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos a través

---

<sup>65</sup> PRENSA LINERA, M.A., JIMÉNEZ BLANCO, P. “*Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*”, Revista Española de Derecho Europeo, núm. 1, Aranzadi, 2014, págs. 3 y 4.

<sup>66</sup> STS 247/2014 núm. 835/2013 de la Sala de lo Civil

<sup>67</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J. “*La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*”, Granada, 2012, págs.. 24 y 25.



de esta práctica en países donde no está prohibida, tema que ya hemos tratado en el capítulo anterior y que trataremos en este con más profundidad, pero en otro apartado.

### *1.2. La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*

Como ya hemos citado a modo de introducción, el artículo 10.1. de esta Ley, establece que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

En primer lugar, debemos analizar esta disposición en un sentido concreto, y es que esta no dispone específicamente una prohibición expresa en la práctica de la gestación subrogada, si no que se limita a establecer una nulidad de pleno derecho en la celebración del contrato por el que se convenga la gestación. En este sentido se pronuncia VELA SÁNCHEZ que entiende que “la doctrina alega que, aunque no se estableciese expresamente la nulidad por el artículo 10, el contrato de gestación por sustitución sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho, en primer lugar, por inexistencia o ilicitud de la causa, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”, y de ello resulta que esta práctica esté prohibida en nuestro Derecho, a pesar de que la Ley no lo afirme expresamente.

Por otro lado, que el contrato celebrado sea nulo de pleno derecho, conlleva precisamente a que no podrá exigirse su cumplimiento por la vía judicial, por lo que los comitentes no podrán requerir la entrega del hijo así nacido, ni la mujer portadora resultaría obligada a tenerlo.

Esta práctica siempre conlleva al mismo problema, que es el perjuicio al menor, porque a pesar de que la ley sancione con la nulidad el contrato de gestación subrogada, no puede evitar que estos lleguen a celebrarse. Por ello, el afectado, en fin de cuentas, seguirá siendo el nacido a través de esta práctica<sup>68</sup>.

El artículo 10.2 del mismo precepto legal, establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Esto quiere decir que la mujer que da a luz será siempre considerada como madre biológica, y el hijo se inscribirá en el Registro Civil como suyo, sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor, por disposición expresa del artículo 122 del Código Civil.

---

<sup>68</sup> JARUFE CONTRERAS, D. “*Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*”, Dykinson, Madrid, 2013, págs. 268 a 270.

En este mismo sentido, el artículo 10.3 de la misma Ley dispone que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”, esto quiere decir que, a pesar de que el contrato es nulo, el comitente que ha aportado material genético tiene la posibilidad de reclamar la paternidad del nacido.

Esta situación parece evocar la circunstancia de los hijos nacidos como consecuencia de un matrimonio putativo: son aquellos matrimonios que han sido declarados nulos, pero producen efectos respecto de los hijos, ya que estos serán considerados en todo caso hijos matrimoniales<sup>69</sup>.

Sin embargo, el precepto no contempla la posibilidad de que se pueda ejercer la acción de reclamación de la maternidad por la madre biológica, que al mismo tiempo es la mujer del comitente. Se afirma, que la omisión de esta posibilidad es consecuencia de la afirmación que hace el párrafo segundo de este precepto, ya que siempre se considera en estos supuestos como madre a la mujer gestante.

De todos modos, a tenor del artículo 10.3, ejercitada la reclamación de la paternidad por el padre biológico, y previa renuncia a la maternidad de la mujer gestante, el hijo podrá ser adoptado por el otro cónyuge<sup>70</sup>.

### *1.3. La Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal*

El Código Penal, en su respectiva función, recoge las correspondientes sanciones que se pueden imponer a quienes participen en la práctica de la gestación subrogada.

El artículo 220 de este Código sanciona con la pena de prisión de seis meses a dos años a los que oculten o entreguen a terceros a un hijo para alterar o modificar su filiación.

Por otro lado, el artículo 221.1 del mismo precepto legal dispone que “los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación o filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años”. En su párrafo 2

---

<sup>69</sup> Artículo 79 del Código Civil

<sup>70</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J. “*Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*”. Ed. Reus, Madrid, 2015, págs. 167 a 173.

establece que “con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”.

Por lo tanto, se entiende que, cualquier sujeto español interviniente en esta práctica reproductiva, se le aplicará la sanción jurídico-penal<sup>71</sup>.

#### *1.4. Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.*

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido un papel importante durante estos últimos años respecto a esta práctica, puesto que cada vez eran más los recursos que se interponían ante esta contra las resoluciones emitidas por diferentes encargados de los Registros Civiles consulares, ya que estas compartían la denegación de la inscripción de nacimiento de aquellos niños nacidos mediante este tipo de contratos en otros países distintos a España.

Ello fue uno de los motivos por los que se dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que se publicó el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado.

Indica la Dirección General de Registro y Notariado que con esta se persigue “dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor” y también amparar “otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”, especialmente, se persigue “la protección de las mujeres que se prestan a dicha práctica, renunciando a sus derechos como madres” y “controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato” de gestación subrogada.

Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción establece lo siguiente:

- Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación. La Dirección General exige que haya recaído una resolución judicial en el extranjero en la que se haya acreditado la filiación de un menor nacido tras una gestación por sustitución en relación con el padre biológico. Los interesados deberán presentar, junto a la solicitud de inscripción del nacimiento dicha resolución judicial. En consecuencia, no se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la

---

<sup>71</sup> SÁNCHEZ MORALED A, A.M. “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, Revista Aranzadi, núm. 9, Pamplona, 2014, pág. 3.

simple declaración, acompañada de certificación medica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

- Exigencia de *exequatur* en España de la resolución judicial extranjera. Precisa la Dirección General que dicha resolución judicial extranjera debe haber obtenido el *exequatur* en España según los convenios internacionales vigentes para España o, en su defecto, a través del procedimiento contemplado en los artículos 41-61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al *exequatur*.
- Exigencia de reconocimiento incidental. Si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. En tal caso, el encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.
- Extremos a controlar el reconocimiento incidental. El encargado del Registro Civil español deberá acreditar la regularidad y autenticidad formal de la resolución, que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial en criterios equivalentes a los de la legislación española, que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, que no se haya producido vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante y que la resolución es firme y los consentimientos prestados son irrevocables.
- Decisión del encargado en torno a la necesidad de *exequatur* por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral. Si el encargado considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro Civil español.

En este sentido, esta Instrucción apunta de manera expresa que “en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación medica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre

gestante”, a diferencia de la anterior Instrucción de la Dirección General de Registro y Notariado de 18 de febrero de 2009.

La doctrina se hizo eco de esta Instrucción y comenzó a analizarla, de forma que existen varias publicaciones sobre esta cuestión.

En primer lugar, hallamos bastantes críticas que los autores atribuyen a las directrices expuestas por la Dirección General de Registro y Notariado. Una de las posiciones más antagónicas, es la de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>72</sup>, que entienden que el artículo 9.4 del Código Civil sobre la determinación de la filiación, no es aplicable a estos casos, dado que de lo que tratan estos procedimientos no es de determinar la filiación de los nacidos, sino de “concretar qué efectos jurídicos puede surtir en España”, por lo que es necesario un reconocimiento de la decisión extranjera donde se acuerde la filiación, por lo mismo que entienden que no resultaría aplicable el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Por otro lado, los mismo autores entienden que dado que en los casos de inscripción de un nacido por gestación subrogada surge un problema de reconocimiento y no uno de Ley aplicable, aplicar las normas del ordenamiento jurídico español sería estar aplicando la *lex fori*, sin seguir el orden de prelación, lo que implica dejar fuera el elemento internacional y por lo tanto, incurrir en un *legeforismo*, un fenómeno que implica la aplicación preferencia de las leyes del foro, frente al resto de ordenamientos jurídicos extranjeros que podrían ser empleados por guardar alguna conexión con el proceso abierto.

También, están en contra de la exigencia de un *exequatur* cuando la resolución que se pretende inscribir es consecuencia del ejercicio de una acción declarativa, y este procedimiento solo se exige a aquellas resoluciones que contengan pronunciamientos de ejecución.

Del mismo modo que estos autores entienden que al no permitir que ambos miembros de una pareja homosexual aparezcan inscritos como padres del nacido, implica que el menor tendrá padres distintos en función del país en el que esté, dado que en el

---

<sup>72</sup> CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, 2011, núm 1, pág. 10.

país de nacimiento aparecerán los que se haya reconocido en la resolución judicial como padres, y en España solo aquel que haya aportado el material genético, que será el padre biológico.

Finalmente, la última crítica que estos investigadores mencionados ponen de manifiesto es el criterio del artículo 17.1.a) del Código Civil, por el que, acreditándose la resolución genética entre el nacido y el padre biológico, no debería requerirse la entrega de ningún tipo de documentación extranjera, dado que el nacido sería español de origen.

En este mismo sentido crítico se pronuncia la autora HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, que para empezar, pone de relieve que la obligación de presentar una resolución judicial extranjera para la inscripción del nacido, va en contra de las normas españolas preexistentes, ya que en el Reglamento del Registro Civil se permite presentar un acta registral extranjera como título válido para la inscripción, sin necesidad de una resolución judicial, por lo tanto, esta Instrucción sería contraria a un reglamento, que es jerárquicamente superior<sup>73</sup>. Así, si “mediante una instrucción impidiese tal posibilidad - la de inscribir a través de un acta registral-, estaría aboliendo de facto dichos preceptos sin, lógicamente, tener competencia para ello<sup>74</sup>. Es más, se estaría obligando a los padres intencionales, a acudir a los tribunales extranjeros y solicitar una resolución que certifique la filiación, aun cuando el ordenamiento jurídico de dicho país no prevea un proceso específico para ese caso.

Esta autora entiende también que existe “judicialización” de la función registral, puesto que esta exigencia tiene como consecuencia que se atribuya a los funcionarios de los registros menesteres fuera de su ámbito competencial, dado que su cometido debería ser “proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas, sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho”.

En concreto, parece que la mayoría de la doctrina, coincide en afirmar, que, en cuanto al extremo de orden público internacional, la Instrucción flaquea, manifestando incluso que el reconocimiento de las relaciones de filiación creadas por esta práctica no lo contradice, o al menos no en todos los casos. En definitiva, casi toda la doctrina tiene

---

<sup>73</sup> HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. “*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ¿hacia una nueva regulación legal en España?*”, Cuaderno de Derecho Transnacional, Vol. 6, 2014, núm. 2, págs. 147 a 174

<sup>74</sup> HEREDIA CERVANTES, I. “*La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*”, Anuario Derecho, 2013, nota 11, pág. 8.

algo que objetar de las directrices de la Instrucción, sin embargo, no coinciden en todos sus extremos.

## 2. Regulación sobre la gestación subrogada en Europa

### 2.1. *Regulación sobre la gestación subrogada en el Consejo de Europa*

El Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa es bastante claro con la práctica que tratamos en este trabajo y en su artículo 21, establece que “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

Es sabido que la gestación subrogada está prohibida por diferentes organismos de la Unión Europea, pero ha habido casos en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la inscripción de niños nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil del domicilio de los padres intencionales. Esto, ha supuesto un conflicto con el marco jurídico de algunos países de la Unión Europea, donde esta práctica está considerada nula de pleno derecho, como en España. Pese a esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos justifica que su decisión es la más apropiada, por el interés superior del menor y el respectivo amparo que este merece.

Concretamente, el Consejo Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 8.1, considera de especial relevancia proteger el derecho a la vida privada y familiar del niño, y el derecho a tener una filiación e identidad desde el día de su alumbramiento, tal y como establece el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

De todos modos, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Mennesson* y *Labasse* tuviese muy claro su veredicto, por haber existido una convivencia familiar común y una transmisión de componente genético al niño, hay casos en los que, cuando no concurren ambas características, como sucede en el caso *Paradiso* y *Campanelli*, este Tribunal ha fallado en contra de la inscripción de los niños. Estos casos los tratamos con más profundidad en el capítulo siguiente, en concreto, en el estudio jurisprudencial de este trabajo.

El Consejo de Europa, en el año 2012, redactó una declaración en la que revelaba que la gestación subrogada era “incompatible con la dignidad de las mujeres y de los niños involucrados y una violación de sus derechos fundamentales”<sup>75</sup>.

En la actualidad, debido a la disparidad de las legislaciones sobre gestación subrogada de los diferentes países del mundo y el aumento incesante de turismo reproductivo, la Conferencia de la Haya está llevando a cabo negociaciones para establecer un convenio común de Derecho Internacional Privado sobre gestación subrogada, que tiene como finalidad dotar de seguridad jurídica a las familias que pretendan someterse a esta práctica en el extranjero<sup>76</sup>.

En conclusión, esta práctica está prohibida en muchos Estados por ser contrario a los derechos del niño y a la dignidad de la mujer y aunque la normativa europea sigue esta misma tendencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se empeña en seguir reconociendo según qué inscripciones alegando para ello el interés superior del menor.

## 2.2. Regulación sobre la gestación subrogada en la Unión Europea

La primera normativa de la Unión Europea sobre gestación subrogada surge en 2010, a raíz de un informe llamado “el reconocimiento de la responsabilidad parental: paternidad biológica y paternidad legal”. Este fue realizado por la Dirección General de Políticas Interiores del Parlamento Europeo junto con la Conferencia de la Haya, y su objetivo era dotar a los Estados miembros de la Unión Europea, de reglas básicas para solucionar los inconvenientes surgidos por la gestación subrogada efectuada en el extranjero. Sin embargo, no hubo consenso entre los Estados para establecer una normativa común<sup>77</sup>.

También la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los Derechos Humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, en la aportación número 115 disponía que “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las

---

<sup>75</sup> GÓMEZ DE AGUERA, C. URRUTIA, C., MUÑOZ, M. “*Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer*”

[https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion\\_temas/vientreAlquiler/v\\_aquiler\\_web.pdf](https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/vientreAlquiler/v_aquiler_web.pdf)

<sup>76</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución: realidad y derecho*”, op. cit., pág. 28.

<sup>77</sup> GÓMEZ DE AGUERA, C. URRUTIA, C., MUÑOZ, M. “*Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer*”, Op. cit.



funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países de desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

Además, el artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea expone que el interés superior del menor tendrá consideración primordial para las instituciones de los países miembros de la Unión; por ello, las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea limitan tanto la gestación subrogada, ya que no se debe olvidar que esta práctica puede influir en el tráfico de menores.

De igual forma, esta práctica también vulnera los derechos de la gestante, tales como su dignidad y su integridad física y psíquica, establecidos en el artículo 3.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por este motivo, el artículo 3.2. de esta misma prohíbe dentro del ámbito de la medicina y la biología, el uso con fines lucrativos de parte o de la totalidad del cuerpo humano.

En conclusión, la Unión Europea entiende que no puede forzar a que se prohíba o permita esta práctica en los Estados miembros, a causa de la inviabilidad, por parte de los mismos, de determinar unos criterios uniformes sobre la misma, ya que no solo abriría un debate jurídico, sino también moral<sup>78</sup>.

### 3. La gestación subrogada en el Derecho comparado

La disparidad normativa existente en materia de gestación subrogada entre los diferentes países del mundo, permite establecer tres posiciones diferentes adoptadas por los países en relación con la gestación subrogada.

#### 3.1. Países donde la gestación subrogada está prohibida

Dentro de los países que prohíben esta práctica, podemos encontrar diferentes vías de actuación en consecuencia. Por un lado, existen países que únicamente sancionan la gestación subrogada con la nulidad del contrato y, por otro, encontramos países que no solo sancionan esta práctica con la nulidad, sino también con la imposición de multas. La

---

<sup>78</sup> REGALADO TORRES, M. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en Revista FEMERIS, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 20

gestación subrogada está prohibida en países como Alemania, Francia, Suiza e Italia, entre otros<sup>79</sup>.

De todos modos, estos países siguen una tendencia muy similar a la legislación establecida en nuestro país.

Por otro lado, en países como Reino Unido, Irlanda, Bélgica y Brasil, esta práctica no está regulada expresamente en sus ordenamientos, pero tampoco está prohibida, sino que existe un vacío legal que permite a los comitentes a llevar a cabo esta práctica, amparándose en el derecho a la procreación y a la reproducción, aunque con pocas garantías de reconocimiento de la filiación a favor de ellos. Los ordenamientos jurídicos de estos países, en cambio, sí que consagran el principio *mater semper certa est* y prohíben la disponibilidad del cuerpo humano.

En estos casos, se presume a la gestante como la madre del niño y, posteriormente, una vez que esta haya renunciado a la filiación materna, los comitentes podrán reclamar por vía judicial la filiación del menor. Esto significa que, si la gestante se arrepintiera de la entrega del niño en el último momento, o los comitentes ya no estuviesen interesados en recibirlo, ninguna de las partes afectadas podrá reclamar judicialmente lo convenido en el contrato. Por estos motivos muchos de los ciudadanos, optan por llevar a cabo esta práctica en el extranjero<sup>80</sup>.

### 3.2. Países donde la gestación subrogada está permitida de forma limitada

Entre los países que permiten la gestación subrogada, pero con limitaciones, podemos destacar Grecia, Portugal, Sudáfrica y Vietnam, entre otros.

Estos países permiten la gestación subrogada cuando se cumplan unos requisitos generales. Entre ellos hay que destacar el que requisito de esta práctica se lleve a cabo de forma altruista, es decir, aportando únicamente una compensación económica por los gastos propios del embarazo y el lucro cesante acontecido. De este modo, el óvulo transferido no podrá pertenecer a la gestante, y esta deberá cumplir una serie de requisitos respecto a su estado de salud, edad y hábitos de vida, entre otros<sup>81</sup>.

Además, debemos tener en cuenta que estos países, también establecen otras restricciones concretas propias, según cada ordenamiento jurídico propio. Esta práctica

---

<sup>79</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. La gestación subrogada en España y en el derecho comparado, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pág

<sup>80</sup> *Íbidem*

<sup>81</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 193-220.

en estos países en concreto, da más problemas debido a la escasez de mujeres gestantes existentes porque requiere un altruismo para ello y, evidentemente, interesa menos.

### 3.3. Países donde la gestación subrogada está permitida

Finalmente, existen países que permiten totalmente esta práctica, tanto de forma altruista como de forma comercial, entre ellos podemos destacar parte de Estados Unidos, Ucrania y Rusia, entre otros. La regulación de esta práctica en estos países, supuestamente, es totalmente contraria a la estipulada en el ordenamiento jurídico español.

En primer lugar, Estados Unidos, varía mucho en función del estado que se trate. Los Estados de Michigan y Nueva York, por ejemplo, imponen sanciones penales únicamente a la gestación subrogada comercial y, en cambio, los Estados de Arizona, Indiana y Nebraska prohíben la gestación subrogada y consideran nulo de pleno derecho su contrato. En cambio, hay Estados que sí que la permiten incluso de forma onerosa, como California, Virginia, Texas, Florida, Illinois y Utah; sin embargo, Florida, establece la limitación de solo poder acceder a esta práctica si los comitentes están casados.

Existen Estados, que no tienen regulación alguna, como por ejemplo Missouri, Nuevo México y Oregón, así pues, existe un preocupante vacío legal al permitir el acceso a esta práctica sin seguridad jurídica ninguna.

Uno de los destinos más recurridos internacionalmente para llevar a cabo esta práctica es California, puesto que prácticamente no tiene limitaciones y ofrece, supuestamente, más seguridad jurídica<sup>82</sup>. La regulación se halla en su Código de Familia, aprobado en 1973, conocido como *Uniform Parentage Act*. En este Estado, se permite acceder a la gestación subrogada, incluso de forma onerosa, siendo la compensación económica media de unos 100.000 y 150.000 dólares. Para acceder, no existe ninguna limitación de acceso por razón de modelos de familia, orientación sexual, grado de infertilidad, estado civil, número de miembros que constituyan la pareja o número de embriones implantados<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> MES, S. CHILVERS, R. HAVEMANN, D. Y. PHELPS, J. "Avoiding legal pitfalls in surrogacy arrangements", en Elsevier, núm.21, 863-865.

<sup>83</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 221-230.

Pese a eso, aunque no existían limitaciones en estos aspectos, la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva elaboró un informe que recomendaba ciertas restricciones, como, por ejemplo, establecer la edad mínima y máxima de la gestante, el número máximo de embarazos llevados a cabo por la misma, o las pruebas físicas o psicológicas pertinentes. Eso no es todo: el *Uniform Parentage Act* en su artículo 7.601, permite establecer la filiación del niño en favor de dos o más comitentes, independientemente de si ha habido transmisión de material genético o no al niño<sup>84</sup>.

Además, en California, antes de iniciar todo el proceso las partes deberán contratar un asesor legal que les informe de todo el proceso, y una vez seleccionada la gestante, se firma el contrato de gestación subrogada entre las dos partes, ante notarios o testigos.

El procedimiento judicial se inicia antes de nacer el niño y finalizará con resolución o sentencia, antes o después del alumbramiento, en la que se establece la filiación del niño a favor de los padres intencionales y se excluye de cualquier derecho a la gestante. Finalmente, los padres podrán inscribir al niño en el Registro Civil Consular español, en virtud del artículo 96.2 de la Ley del Registro Civil.

Otro de los países que resulta interesante tener en cuenta es Rusia, donde la práctica también está permitida de forma onerosa. Esta se encuentra regulada en la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos, que entró en vigor en el año 2011.

Pero para llevar a cabo esta práctica también se deben cumplir ciertos requisitos. El primero consiste en que el comitente o comitentes sea una mujer individual infértil o una pareja heterosexual, en que la madre tenga problemas de infertilidad. El contrato no podrá contener ninguna cláusula que prohíba a la gestante abortar durante el embarazo, conforme al artículo 56 de esa misma Ley. El segundo requisito, es que la gestante ya debe haber tenido un hijo sano con anterioridad a la realización de esta práctica. Y, el tercero, es en referencia a la edad, ya que la gestante ha de tener entre 20 y 35 años y no puede aportar su propio material genético al niño, permitiendo así la utilización de gametos de terceros donantes.

Para la inscripción de la filiación del niño no será necesario ningún proceso judicial, será suficiente con presentar en el Registro del Estado Civil la solicitud de inscripción y el documento sanitario en el que la gestante, preste su consentimiento de

---

<sup>84</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pág. 221-230

renunciar a la filiación a favor de los comitentes. Aun así, conforme al artículo 48 del Código Familiar Ruso de 1995, supuestamente, sigue primando el principio *mater semper certa est*, lo cual quiere decir que, si la gestante no renuncia a la filiación, tendrá derecho a quedarse con el menor.

Por otro lado, en Ucrania también está permitida esta práctica y se encuentra regulada en el artículo 123 del Código de Familia de Ucrania. El apartado segundo de este precepto establece que “si un óvulo concebido por los cónyuges se implanta a otra mujer, los esposos serán los padres del niño”. Al igual que en Rusia, para poder llevar a cabo esta práctica, los solicitantes han de ser una pareja heterosexual y uno de los comitentes ha de transmitir material genético al niño.

Una vez inscrito el menor en el Registro Civil ucraniano, para inscribir la filiación paterna del mismo en el Registro Civil español, el padre intencional deberá recurrir a la interposición de una demanda de paternidad, en virtud del artículo 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Debido a los problemas que supone en nuestro país la inscripción de menores nacidos en Ucrania, el Ministerio de Exteriores de España, declara que dejará de permitir la inscripción en el Registro Civil español, debido a la detección de mala praxis en el ejercicio de esta técnica, por parte de los operadores e intermediarios gestacionales ucranianos. Por ello, el Ministerio de Exteriores de España, declaró que: “*el tratamiento de este tipo de expedientes requiere de un especial cuidado por parte de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev al haber sido informada en los últimos meses de posibles casos de mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como de casos de posible tráfico de menores. La Embajada de España en Kiev debe adoptar todas las precauciones necesarias para proteger el interés superior de los menores*”<sup>85</sup>. Así pues, definitivamente el Estado español, ha dejado de permitir la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos en Ucrania mediante esta práctica.

Finalmente, India, es uno de los países que merece la pena mencionar puesto que, hasta hace poco, esta práctica estaba permitida, tanto de forma onerosa como gratuita y resultaba ser el tercer país del mundo más solicitado por los extranjeros para llevar a cabo

---

<sup>85</sup> EL PAÍS, “*Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania*”, en [https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970\\_843437.html](https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html)

este proceso, sin embargo, la legislación ha sido modificada en 2016 y ha supuesto cambios que han afectado al turismo reproductivo del país.

A consecuencia de la reforma, India solo permite la gestación subrogada a matrimonios heterosexuales de origen indio, a extranjeros casados con una mujer nacional india o a extranjeros viviendo allí. Por tanto, una persona española, ya no puede acceder a la gestación subrogada en ese país.

#### 4. La Directiva 92/85/CEE de 1992

La Directiva 92/85/CEE de 1992 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, en su artículo 2, conceptúa los términos que la propia Directiva va a proteger, en los cuales no existe cabida para la práctica que estamos estudiando en este trabajo, pues la gestación subrogada se caracteriza porque la madre que la contrata no ha estado embarazada en ningún momento y evidentemente, se entiende que no existe parto propio por parte de la madre comitente y por ende, no le debería dar el pecho al menor y aunque lo hiciese, es evidente que esta acción no proviene de una maternidad biológica, que en definitiva es lo que protege la Directiva tratada.

Según esta Directiva, la finalidad que se persigue es proteger la salud de la madre biológica del niño, durante la específica situación de vulnerabilidad derivada del embarazo, por lo tanto, la protección de la madre intencional, en el ámbito de la gestación subrogada, no tiene cabida en esta Directiva.

Es necesario mencionar que esta Directiva no ampara tampoco situaciones de maternidad que, como en nuestro país, están perfectamente protegidas como maternidad no biológica, que es el caso de la adopción y el acogimiento, situaciones a las cuales nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado el mismo amparo que para la maternidad biológica o natural. Así pues, se pone en duda, si sería posible que la legislación comunitaria tuviese en cuenta equiparar los derechos de la adopción y el acogimiento, al igual que protege la maternidad natural, pues tiene una importancia suficiente. Pues aquí se están estableciendo unos mínimos que son de necesario cumplimiento y que cada Estado miembro es libre de mejorar dichas condiciones o incluso ampliar los sujetos beneficiarios, siempre que con ello no se esté incumpliendo la normativa; pero parece

complicado otorgar esa protección a la adopción y al acogimiento sin que también se la otorguen a esta práctica que nada tiene que ver.

## 5. La Conferencia de la Haya en torno a la gestación subrogada

La Conferencia de la Haya es una organización interestatal cuyo principal objeto es unificar las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembro, intentando aportar una solución a aquellas situaciones en las que se haya implicado más de un país. Las diferencias a las que nos referimos entre estos países son a consecuencia de los diferentes sistemas jurídicos entre cada uno de ellos.

Respecto a la gestación subrogada, que, como ya hemos tratado anteriormente, es una práctica cada vez más frecuentada, al no estar regulada en la mayoría de los países miembro y al existir tanta distinción entre las regulaciones jurídicas al respecto, la Conferencia de la Haya se ha visto motivada a intentar encontrar una solución para esta situación. Se trata de una supuesta solución que es necesaria para facilitar la regulación de esta figura, que después deberá ser afrontada por los diversos Estados miembros, mediante una propia regulación estatal.

La Conferencia muestra interés por esta materia desde 2001, con la realización de unas consultas informales denominadas “cuestiones de Derecho Internacional Privado relativas al estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación” y durante los siguientes años hasta la actualidad.

En el último informe que emitió en 2015 respecto a esta materia, se analizaron las sentencias del TEDH en relación a los asuntos Labasse y Mennesson contra Francia y el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia, que nosotros trataremos en el siguiente capítulo. Resulta destacable para la Conferencia el hecho de que el Tribunal haya aclarado todos los detalles del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuanto al respeto a la vida privada y familiar de las personas y, por otro lado, respecto al derecho a formar una familia. Al igual que ha recalcado que, en el apartado segundo de este mismo artículo, se expone la posibilidad de injerencia en la vida privada de las personas por parte del Estado para hacer respetar su orden público, aunque recalca que siempre debe quedar amparada en ser justa, proporcional y necesaria dicha injerencia, puesto que el Tribunal

entiende que debería encontrar el equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona directamente afectada.

Parece ser que lo que se pretende es asumir la llamada doctrina del orden público atenuado, para aquellos casos, como el de España, donde esta práctica no está permitida, pero de ella deriva una serie de efectos jurídicos como pueden ser derechos sucesorios de los menores y deberían ser reconocidos.

Así, la Conferencia de la Haya, pretende crear un marco de acción multilateral con la finalidad de conseguir un reconocimiento en cuanto a los efectos que genera la realización de un convenio de gestación subrogada y evitar, así, el desamparo del menor como interés superior a proteger, sin dejar de lado la figura de la madre gestante, que recordemos que no es más que un objeto de procreación utilizado a cambio de dinero.



## V. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL

### 1. Jurisprudencia española

#### *1.1. Sentencia de 15 de septiembre de 2010 del Juzgado de Primera Instancia, número 15 de Valencia*

Como ya hemos mencionado en anteriores epígrafes, la alta demanda de esta práctica en el extranjero y el aumento del turismo reproductivo a principios del siglo XXI, fue lo que originó el conflicto a la hora de inscribir en el Registro Civil español a los recién nacidos en el extranjero mediante esta “técnica”, ya que por aquel entonces no existía ninguna normativa al respecto.

El legislador español empezó a plantearse la necesidad de crear un marco normativo registral en esta materia, a raíz de una demanda interpuesta por un matrimonio homosexual, contra la Dirección General de Registro y Notariado, al recurrir estos a la práctica en California para tener a sus dos hijos gemelos<sup>86</sup>.

El motivo de esta demanda fue causado por la denegación de la inscripción de los dos niños gemelos en el Registro Civil consular español en California, aunque finalmente el 18 de febrero de 2009, el Tribunal dictó Sentencia estimando la inscripción de estos en el Registro Civil español, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil de 1958<sup>87</sup> y en virtud del interés superior del menor<sup>88</sup>.

En definitiva, y como ya tratamos, con esta resolución de la Dirección General de Registro y Notariado, de 18 de febrero de 2009, ya se entendía que, aunque esta práctica fuese nula en nuestro país, esta no se había llevado a cabo en el territorio español y, además, ya no se trataba de discutir la nulidad, sino si una resolución judicial extranjera podía permitir la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español<sup>89</sup>.

Aun así, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución por entenderse contraria al artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y por ello, el 15 de septiembre de 2010, el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictó Sentencia donde daba la razón al Ministerio Fiscal, lo que conllevó a dejar sin efecto la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., págs. 695 a 701.

<sup>87</sup> “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.

<sup>88</sup> Resolución DGNR, de 18 de febrero de 2009

<sup>89</sup> HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., págs. 695 a 701.

<sup>90</sup> LAMM, E. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a los derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, págs. 68 a 9.

Como consecuencia de esta resolución, el legislador, atendiendo supuestamente al interés superior del menor y a su evidente derecho a tener una identidad determinada, entendió que debía redactar un nuevo marco normativo para regular el régimen registral de la filiación de los recién nacidos por esta práctica. Y así fue, con la ya conocida Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registro y Notariado<sup>91</sup>.

Finalmente, se recurrió la Sentencia de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, por parte del matrimonio español, aunque resultó ser confirmada en apelación por la Sentencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual disponía que la prohibición de esta práctica persigue la defensa del interés superior del menor, intentando evitar que el menor sea objeto de comercio.

Esta Sentencia consideraba que, a diferencia de otros países, España, da alternativas normativas para la inscripción de estos niños, ya que el artículo 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, faculta al padre intencional para interponer una reclamación de paternidad, siempre y cuando haya transmitido material genético al menor. Frente a esta Sentencia, se interpuso recurso de casación<sup>92</sup> al Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo declaró que, la certificación registral californiana no era contraria al orden público internacional español, ya que pese a ser nulo el contrato, la inscripción en el Registro Civil español de un niño nacido en el extranjero no estaba prohibida. Y, por otro lado, el Tribunal Supremo desestimó cualquier tipo de discriminación, como alegaba el matrimonio, puesto que la resolución hubiese sido la misma “si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual”.<sup>93</sup>

Además, declaró que “la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil”, por tanto, la gestación subrogada resulta contraria al interés superior del menor<sup>94</sup>.

Y finalmente, manifestó qué pese a ser cierto que la inscripción de la filiación de un niño nacido en el extranjero no estaba expresamente prohibida, esta era consecuencia

---

<sup>91</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*”, op. cit., págs. 84 a 93.

<sup>92</sup> Recurso de casación número 245/2012

<sup>93</sup> Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

<sup>94</sup> *Ibidem*

directa de un contrato de gestación subrogada, que sí se encontraba prohibida en España, por lo que acabó resolviendo en la misma línea que los Tribunales precedentes y denegó la inscripción de los gemelos menores en Registro Civil español<sup>95</sup>.

*1.2. Sentencia 209/2017 de 13 de marzo de 2017 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*

La resolución número 209/2017, de 13 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es una Sentencia que reclamó el otorgamiento del salvoconducto denegado a un niño nacido por gestación subrogada en Rusia.

Un matrimonio mallorquín interpuso un recurso contra la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú, que denegaba la inscripción de la filiación del niño, a causa de no existir transmisión de material genético al menor, lo que supuso la imposibilidad de viajar con él a España.

El matrimonio reclamaba que se permitiese el otorgamiento del salvoconducto del menor, en atención al derecho a la vida privada y familiar, consagrado en el ya mencionado artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pese a eso, las autoridades españolas expusieron que, al no mediar ningún vínculo genético con el menor, ni existir ninguna resolución judicial extranjera que determinase la filiación, no se podía ejecutar ni la inscripción del niño en el Registro Civil, ni la entrega del salvoconducto, ya que primaba el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante<sup>96</sup>.

Como reclamación, el matrimonio hizo alusión al artículo 8.1 del Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto, y que expone que “todos los ciudadanos españoles tienen derecho a que se les expida un salvoconducto si precisan desplazarse a España y carecen de pasaporte ordinario o provisional. La obtención de salvoconducto por ciudadanos españoles sujetos a patria potestad o tutela estará condicionado al consentimiento expreso de la persona u órgano que tenga asignado su ejercicio o, en su defecto, del órgano judicial competente”. También alegaron el artículo 34.9 de la Constitución Española, en el que se establece que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales

---

<sup>95</sup> *Ibidem*

<sup>96</sup> Sentencia 209/2017, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

que velan por sus derechos” e hicieron hincapié en el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en el que se entiende que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid entendió que era nulo de pleno derecho el contrato de gestación subrogada, tal y como se establece en el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y también fundamentó su veredicto en el caso Paradiso y Campanelli, resuelto por el TEDH, que más adelante trataremos, donde se determinaba que no se vulneraba el derecho al respeto a la vida familiar y privada, ya que no se había transmitido ningún material genético al niño.

En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid añadió que “la cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, es la filiación biológica, y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge”<sup>97</sup>

En conclusión, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró que no había existencia de vulneración alguna, puesto que no existía vínculo genético con el menor, y no habían aportado pruebas suficientes de la existencia de una convivencia familiar pasada. Así pues, denegó “la solicitud pretendida porque el menor objeto de salvoconducto no es español y tampoco es un extranjero cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española”<sup>98</sup>.

## 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Los casos más resonantes en materia de gestación subrogada en la jurisprudencia europea, son varias de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto, *Mennesson contra Francia*, *Labassee contra Francia*, *Foulon contra Francia*, *Bouvet contra Francia* y *Paradiso y Campanelli contra Italia*.

### 2.1. *Mennesson y Labassee contra Francia*

En el caso *Mennesson y Labassee*<sup>99</sup> quedaron agotadas todas las instancias judiciales a nivel nacional por haber sido negada la inscripción de sus hijas nacidas por

---

<sup>97</sup> Sentencia 209/2017, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

<sup>98</sup> *Ibidem*

<sup>99</sup> STEDH, de 26 de junio 2014, número 65192/11, *Mennesson contra Francia* y STEDH, de 26 de junio 2014, número 65941/11, *Labassee contra Francia*

gestación subrogada, en el Registro Civil de su país, Francia y llegaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que debía resolver los dos casos conjuntamente, el 26 de junio de 2014, ya que eran casos con características de mucha similitud. En ambos casos se trataba un matrimonio francés, que había recurrido a la práctica de gestación subrogada en Estados Unidos y que no había podido inscribir a los menores en el Registro francés, ya que el contrato se entendía nulo de pleno derecho y contravenía el orden público<sup>100</sup>, además en ambos casos hubo transmisión de material genético de los padres intencionales a las niñas<sup>101</sup>.

Sylvie y Dominique Mennesson, matrimonio de nacionalidad francesa, recurrieron a la práctica de gestación subrogada en California, de donde nacieron dos niñas gemelas, que eran hijas genéticas de Dominique Mennesson<sup>102</sup>, y, en el caso de Monique y Francis Labassee, habían tenido una hija mediante gestación subrogada en Minnesota, que portaba material genético de Francis Labasse<sup>103</sup>.

Ambos matrimonios contaban con las resoluciones judiciales extranjeras, donde se determinaba la filiación de las niñas a favor de los comitentes, sin embargo, se les negó la inscripción de la filiación en el Registro Civil francés, y por ello, decidieron reclamar por vía legal ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la vulneración del derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia<sup>104</sup>.

De igual forma se podría haber considerado vulnerado el artículo 8.2, en el que se establece que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El veredicto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en ambas sentencias, fue desfavorable a los recurrentes, ya que no consideró que se les hubiese vulnerado el

---

<sup>100</sup> Artículo 16-7 y 16-9 del Código francés

<sup>101</sup> DURÁN AYAGO, A. “*Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France y caso Labassee c. France de 26 de junio de 2014*”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, número 2, 2014, pág. 280.

<sup>102</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “*Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada*”, en *R.E.D.S.*, número 12, 2018, pág. 47.

<sup>103</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. op. cit. En *R.E.D.S.*, número 12, 2018, pág. 49.

<sup>104</sup> Artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

artículo 8.1 a ellos, sino a las niñas, por entender que quebrantaba el derecho a la vida privada de estas por denegarles la inscripción de la filiación en el Registro Civil francés, cuando llevaban conviviendo en un entorno familiar desde el día de su nacimiento con los padres intencionales<sup>105</sup> y puesto que se les estaba privando del derecho a tener una identidad y filiación determinada, que exige la Convención sobre los Derechos del Niño de 1988 en su artículo 7<sup>106</sup>.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, atendiendo al interés superior de las menores, entendió que los tribunales franceses no actuaron de forma proporcional y se excedieron de los límites permitidos<sup>107</sup>.

## 2.2. *Foulon y Bouvet contra Francia*

Estos casos, también destacados, llegaron más tarde ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por haberse negado a dos familias, la inscripción en el Registro Civil francés, de tres niños nacidos por gestación subrogada en India. Ambos, establecen similitudes con los casos Mennesson y Labasse, anteriormente tratados, por lo que el mismo Tribunal resolvió de igual forma y Francia fue condenada una vez más.

Asimismo, declaró que quedaba vulnerado el derecho solicitado por los demandantes, establecido en el mencionado artículo 8.1, pero concluyó que este derecho no fue vulnerado a los comitentes, sino a los niños<sup>108</sup>.

## 2.3. *Caso Paradisso y Campanelli contra Italia*

El último caso tratado en este apartado es el de Paradiso y Campanelli, que también llegó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a la denegación de la inscripción de la filiación, en el Registro Civil italiano de unas niñas nacidas por medio de esta misma práctica.

Una vez más, el matrimonio alegó que se estaba vulnerando su derecho a la vida familiar y privada del artículo ya mencionado 8.1 del Convenio Europeo para la

---

<sup>105</sup> DURÁN AYAGO, A. op. cit., págs. 280 a 282.

<sup>106</sup> “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”.

<sup>107</sup> DURÁN AYAGO, A. op. cit., págs. 280-282.

<sup>108</sup> JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. op. cit., pág. 49.

Protección de los Derechos Humanos y del artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>109</sup>.

Giovanni Campanelli y Donatina Paradiso, recurrieron a la gestación subrogada en Rusia para tener a su primer hijo y este fue inscrito en la Oficina de Registro de Moscú, aún así, no se le permitió la inscripción en el Registro Civil italiano.

El problema surgió puesto que el certificado de nacimiento del niño no contenía declaración sobre la práctica efectuada, lo que fue interpretado por las autoridades italianas como una alteración del estado civil del menor, por lo que no se permitió inscribir la filiación en el Registro Civil italiano<sup>110</sup>. En ese mismo momento, las autoridades italianas solicitaron la práctica de una prueba de ADN entre el niño y el padre intencional siendo el resultado negativo y provocando esto la puesta del niño en adopción.

Finalmente, después de intentar adoptar al niño y que los resultados no estuviesen a su favor, decidieron llevar la cuestión ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez agotadas todas las instancias judiciales nacionales, siendo el Tribunal claro y alegando que la justicia italiana había actuado de forma proporcional y dentro de los márgenes establecidos debido a cuatro razones.

En primer lugar, por la inexistencia de transmisión de material genético al niño; en segundo lugar, por el corto plazo de convivencia familiar que había existido con el mismo, que no llegaba al año; en tercer lugar, por proteger el interés de los niños en abstracto y no de uno en concreto y, finalmente, en cuarto lugar, por la predictibilidad de la creación de una situación futura de inseguridad jurídica por parte de los comitentes.

Así pues, el Tribunal entendió que para saber si había existido una injerencia en la vida privada y familiar del menor o de los padres, había que preguntarse si los comitentes eran conscientes de que esta injerencia estaba prevista en la Ley<sup>111</sup>.

### 3. La Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Finalmente, es necesario hacer un breve análisis de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las que se han pronunciado sobre la gestación subrogada.

---

<sup>109</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 27 de enero de 2015, número 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia,

<sup>110</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada*”, en [www.bioeticaweb.com](http://www.bioeticaweb.com)

<sup>111</sup> MONTERONI, J. “*Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal de Derechos Humanos*”, en *Prudentia Iuris*, núm. 80, 2015, pág. 274.

Dentro de toda la problemática que ha creado esta práctica, este Tribunal ha dictado dos sentencias muy interesantes, con un fallo negativo en ambas, en cuanto a la concesión del derecho a un permiso de maternidad en el caso de la gestación subrogada, lo cual contrasta, que ha optado por proteger esta situación guardando el interés jurídico superior del menor.

En primer lugar, es relevante señalar la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, que resuelve un caso ocurrido en Reino Unido, donde esta práctica tratada es legal a no ser que no sea de forma onerosa. En esta existe un problema en relación con otorgar el permiso de maternidad a una madre que lo haya sido mediante gestación subrogada.

El Tribunal mantiene una postura restrictiva al respecto, amparándose en la Directiva 92/85/CEE ya estudiada, que no contempla la posibilidad de otorgar el permiso de maternidad a una madre por subrogación, que aun siendo así, la Ley en sí misma deja claro que son los Estados miembros los que pueden decidir si amplían los supuestos de protección y, por ende, a dicho permiso. En definitiva, ya que en Reino Unido esta práctica es legal si es de forma altruista, debería ser el propio Estado el que busque mecanismos que amparen la protección para este tipo de maternidad.

Y, en segundo lugar, otra sentencia de especial relevancia es la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-363/12, ocurrido en Irlanda, donde esta práctica en cambio no es legal, por lo que fue llevada a cabo en California.

En esta se estudia la posibilidad de que exista discriminación por razón de sexo por no haberle sido otorgado el permiso equivalente al de maternidad o adopción, donde el Tribunal acude a la Directiva 2006/54/CEE y no encuentra discriminación ninguna ni en vía directa, ni en vía indirecta conforme al artículo 16, que, aunque a simple vista pueda dar lugar a confusión, es bastante claro y no otorga al Estado la facultad de reconocer derechos como el permiso de adopción, sino que lo que protege es que, en los Estados en que se reconozca el derecho a obtener este permiso de adopción, se tomarán medidas necesarias para proteger a estos trabajadores durante el disfrute de estos derechos.

En definitiva, resulta incuestionable que las decisiones que adopta el Tribunal en ambos supuestos se amparan en la literalidad del cuerpo legal de las Directivas, y no puede entenderse como pronunciamientos contrarios a derecho.



Aun así, debido a que se está normalizando bastante esta práctica, la mayoría de los autores entienden que debería existir una regulación internacional que aporte soluciones a una realidad cada vez más palpable. En este sentido es bastante conciso DIAGO DIAGO, exponiendo que *“en los dos supuestos existe un estado de necesidad lo suficientemente importante como para que se active la protección del menor en forma de concesión de prestación por maternidad para su cuidado. Un bebé requiere de asistencia y cuidado y ello es así con independencia de si el niño nace en España por un contrato declarado nulo o nace en otro país conforme a un derecho que acepta tales contratos. Por eso mismo, se requiere un desarrollo jurisprudencial que dé cobertura a esta situación, y que ponga el acento en el interés del niño y en la necesidad de paliar la situación no deseable que se generaría de no conceder tal prestación. Bien entendido que, por tanto, se extendería a ambos supuestos y no se generaría una discriminación intolerable entre trabajadores españoles residentes en España, pues el tratamiento sería el mismo: la concesión de la prestación en aras a la protección del menor, al margen de las circunstancias concretas que concurriesen en su nacimiento.*

*Es deseable que se logre un equilibrio en la determinación de las prestaciones sociales que garantice la protección del hijo en aras al cumplimiento del artículo 39 CE, sin que se rompa el principio de igualdad entre los posibles beneficiarios de tales prestaciones. Sin duda, la argumentación jurídica es complicada, pero enfocar toda la situación desde el interés superior del bebé y su estado de necesidad, puede ayudar a dar solidez jurídica a las soluciones hasta ahora adoptadas por nuestros Tribunales”<sup>112</sup>.*

---

<sup>112</sup> DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P. “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3 de 2014, pág. 261.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M. “*De nuevo sobre las madres de alquiler*”. El notario del XXI, 2009, núm. 27, versión digital.

APARISI MIRALLES, A. “*Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer*”, en Cuadernos de Bioética, vol. XXVIII, núm. 3, 2017.

BAYARRI MARTÍ, M. “*Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*”, Revista digital de noticias jurídicas, 2015.

BERNAL PULIDO, C. “*Derechos Fundamentales*”, en Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho, vol. 2, 2015, pp.1573. CALLAGHAN, S. y NEWSON, A. “*Surrogacy, motherhood and Baby Gammy*”, en Bio News, núm. 766, 2014.

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “*Notas críticas en torno a la instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 3, 2011.

CASCIANO, A. “*La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora*”, en Cuadernos de Bioética, núm. 95, 2018.

COLAUTTI, C. “*Reflexiones acerca de la regulación legal de la reproducción asistida*”. La Ley, 1997, España.

DELCLÓS, T. “*¿Puede alquilarse un vientre?*” El país, 27 de julio de 2014.

DE LORA DELTORO, P. “*Gestar para otros: una ecografía de las falacias*”, en Revista Dilemata, núm. 28, 2018.

DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P. “*La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, Revista Jurídica de Cataluña, núm. 3 de 2014.

DURÁN AYAGO, A. “*Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014*”, en Ars Iuris Salmanticensis, núm. 2, 2014.

ESCOBAR ROCA, G. “*El estatuto Constitucional del cuerpo humano, entre libertad y dignidad*”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos, Aranzadi, 1a ed., Pamplona, 2018.

ESCRIBANO TORTAJADA, P. “*Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad*”, en Anuario de Derecho Civil, núm. 4, 2016.

FARNÓS AMORÓS, E. “*Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California*”, en Revista InDret, núm. 1, 2010.

GÓMEZ DE AGUERA, C. URRUTIA, C., MUÑOZ, M. “*Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer*”, 2014.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. “*Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?*”, en Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 22, 2017.

GONZÁLEZ GERPE, D. “*Gestación subrogada: aspectos psicosociales*”, en Revista Dilemata, núm.28.

GUITRÓN FUENTECILLA, J. “*La genética y el Derecho familiar*”, Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987.

HEREDIA CERVANTES, I. “*La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*”, ADC, Madrid, 2013.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. “*Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, ¿hacia una nueva regulación legal en España?*” Cuaderno de Derecho Transnacional, Vol. 6, 2014, núm. 2.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. “*La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana*”, en Revista de Bioética y Derecho, núm. 44, 2018.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. “*La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España*” en Universitas, núm. 21, 2015.

JAMES, S. CHILVERS, R. HAVEMANN, D. y. PHELPS, J. “*Avoiding legal pitfalls in surrogacy arrangements*”, en Elsevier, núm.21, 863-865.

JARUFE CONTRERAS, D. “*Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*”. Dykinson, Madrid, 2013.

JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J. “*Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada*”, en R.E.D.S., núm. 12, 2018, pp. 47.

JOUE DE LA BARREDA, N. “*Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada*”, en Cuadernos de Bioética, núm. 28, 2017.

KHAZOVA, O. “*International surrogacy arrangements. Legal Regulation at the International Level*” Hart Publishing, 1a ed., Inglaterra, 2013.

KIRBY, J. “Transnational Gestational Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?” en *The American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm.5, pp. 28.

KUBY, S. “*Sobre los vientres de alquiler*”, Diario francés Le Figaró.

LAMM, E. “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres”, Universitat de Barcelona Edicions, 1a edición, Barcelona, 2013.

LAMM, E. “*Gestación por sustitución: realidad y derecho*”, en *Revista InDret*, núm. 28, 2018.

LAMM, E. “*Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a los derechos humanos*”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A. “*Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*”, Murcia, 2014.

López Guzmán, J. “*Dimensión económica de la maternidad subrogada (habitaciones en alquiler)*”, Madrid, España, 2017.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sobre Maternidad Subrogada”, en [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad\\_subrogada.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf)

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. “La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español”, Dykinson, Madrid, 1995.

MOHAPATRA, S. “*States of confusion: regulation of surrogacy in United States*”, en *New Cannibal Markets*, vol. 14, núm.11, 2017.

MONTERO, E. “*La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas*” Universidad de Namur, Bélgica, 2015.

MONTERONI, J. “*Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal de Derechos Humanos*”, en *Prudentia Iuris*, núm. 80, 2015.

ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. “*Gestación subrogada: aspectos éticos*”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018.

PASCUAL MEDRANO, A. “*La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física*”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018.

PERALTE ANDÍA, J. “*Derecho de Familia en el Código Civil*”, Ed. Moreno, Perú, 2004.

POMEROY, S. “*Diosas, ramera, esposas y esclavas. Mujeres en la antigüedad clásica*”, Akal, Madrid, 1999

PRENSA LINERA, M.A., JIMÉNEZ BLANCO, P. “*Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea*”. Revista Española de Derecho Europeo, núm. 1, Aranzadi, 2014.

REGALADO TORRES, M. D. “*Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada*”, en Revista FEMERIS, vol. 2, núm. 2, 2017.

RODRIGO, A. “*Turismo reproductivo para conseguir el embarazo*” Revista digital “Reproducción asistida ORG”.

ROMERO COLOMA, A. M. “La maternidad subrogada a la luz del Derecho Español”, Dilex, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ MORALEDA, A.M. “*La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español*”, Revista Aranzadi, núm. 9, Pamplona, 2014.

SVITNEV, K. “*Maternidad subrogada en Rusia y en el mundo*”. [www.surrogacy.ru](http://www.surrogacy.ru)

VALDÉS DÍAZ, C. C. “*La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas*”, en Anuario de la Facultad de Derecho, núm. 31, 2014.

VIDAL MARTÍNEZ, J. “*Las nuevas formas de Reproducción Humana*”. Madrid, Civitas, 1988.

VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*”, Wolters Kluwer, 1a ed., Madrid, 2018.